أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

مختار الأسرار في مسائل الخلاف

صنعة

أبي زيد الدبوسي
القاضي عبيد الله بن عمر بن عيسى الحنفي
(٤٣٠ هـ)

تحقيق

د. حمزة بن بوبكر رابح

إشراف

عدنان بن فهد العبيات

الجزء التاسع

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى
١٤٤٥هـ - ٢٠٢٣م

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16

الإمام الذهبي

مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثنى - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦
فرع المصاحف : ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨
فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٠٠٩٦٦ ٥٥٧٧٦٥١٣٨
الخط الساخن: جوال: ٠٠٩٦٥ ٩٤٤٠٥٥٥٩

z.zahby74@yahoo.com Imamzahby

CamScanner

بسم الله الرحمن الرحيم

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

كتاب الدِّيات

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

مسائل كتاب الدِّيات تبتني علىٰ معرفة أنواع الجنايات علىٰ الآدميِّ، وهي أنواعٌ أربعةٌ: الجناية علىٰ النَّفس وما دونها[2] علىٰ نهجٍ يوجب القصاص، أو نهجٍ يوجب المال، والأهمُّ ما يأتي علىٰ النَّفس؛ وهو القتل.

وإنَّه أنواعٌ أربعةٌ في بابنا:

❊ العمد المحض.

❊ والخطأ المحض.

❊ وخطأ العمد.

❊ والقتل جزاءً.

وتفسير العمد لغةً: ما حصل من الفعل عن قصدٍ صحيحٍ من الفاعل إليه بعد علمه به،

والمحض: ما خلا عن شبهةِ الخطأ، وكذلك محض الحرام: ما خلا عن شبهة الإباحة.

والخطأ المحض: أن يقصد الفاعل شيئًا، فيصيب غير ما تقرَّر في قصده، وكذلك: خطأ الكلام.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[2] «أ» «ن» (دونه)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

وأمَّا خطأ العمد: فأن يشتمل الفعل على الوصفين جميعًا، فيكون عمدًا من وجهٍ [خطأً من وجهٍ][١] على ما نذكره.

وأمَّا الجزاء في بابنا: فهو القتل قصاصًا.

وجملة الشُّبه المانعة من وجوب القصاص أربعةٌ؛ تثبت من حيث:

* الآلة.
* والقاتل.
* والمقتول.
* وفعل القتل ـ على ما نُبيِّنُه من بعد ـ.

وأحكام القتل في الجملة أربعةٌ:

* القصاص.
* والدِّية.
* وحرمان الإرث.
* والكفَّارة.

[فرُبَّما تجتمع][٢] ورُبَّما تفترق؛ إلَّا القصاص والدِّية، فإنَّهما لا يجتمعان بحال.

فنبدأ بالعمد؛ لأنَّه أهم، فنقول: للعمد:

○ تفسير لغة.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

○ وركن.

○ وشرط.

○ وحكم شريعة.

أمَّا تفسيره لغة: فما مرَّ.

وأمَّا الرُّكن: فيأتي بيانه في مسائل الفعل.

وأمَّا الشَّرط: فيأتي بيانه في مسائل الشُّبه.

وأمَّا الحكم: فنبدأ به، فصاحب الكتاب بدأ به، وبالله التوفيق:

|١٣١٢| **مسألةٌ:** قال علماؤنا: حكم العمد الذي فيه قودٌ أن يجب القود عينًا، ولا حقَّ للوليِّ في المال إلَّا عن صلحٍ.

وقال الشَّافعي ـ في قول ـ: القصاص واجبٌ عينًا، علىٰ أنَّ للوليِّ حقُّ أخذ الدِّية ـ إن شاء ـ رضي القاتل، أم كره. وقال ـ في قول ـ: الواجب هو أحدهما، وللوليِّ خيار التَّعيين[1].

واحتجَّ بقول الله تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ﴾ إلىٰ قوله: ﴿فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ١٧٨]، فالله تعالىٰ شرع القصاص عينًا ابتداءً، ثمَّ ألزم القاتل أداء المال إلىٰ الوليِّ إذا عفا له؛ لأنَّ قوله ﴿فَمَنْ﴾ كلمةٌ مبهمةٌ، وذكر لبيان تغير حكم القصاص الواجب بقوله: ﴿عَلَيْكُمُ﴾

(١) انظر: «البيان للعمراني» (١١/٤٢٩).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بعفوٍ يقع له، فدلَّ ضرورةً أنَّ ﴿لَهُۥ﴾[1] منصرف إلىٰ من عليه القصاص ليسقط به، وهو[2] كناية عن الاسم المراد بقوله: ﴿فَمَنۡ﴾، فثبت ضرورةً أنَّ الثَّابت في اسم ﴿من﴾ القاتل الذي عليه القصاص، وأنَّ العفو يقع له. والله تعالىٰ علَّق بالعفو: وجوب الاتِّباع، والقبول، والأداء، فإن قوله ﴿فَٱتِّبَاعُۢ﴾ علىٰ سبيل التَّعليق بالأوَّل؛ بمنزلة قوله: «فاتَّبعوا»؛ كقول الله تعالىٰ: ﴿فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ﴾ في باب الكفَّارة. ثم بين أن هذا الحكم من الله تخفيفٌ ورحمةٌ، فإنَّ الحياة لا عوض لها، وقد حيي[3] بعد الهلاك بالدِّية، و﴿عُفِيَ لَهُۥ﴾ يجيء بمعنىٰ عفىٰ عنه.

قال النَّبي ﷺ: «عفوت لكم [عن] صدقة الخيل»(٤) أي عفوت عنكم هذه[5] الصَّدقة. ولما ثبت أنَّ العفو وقع للقاتل عُلم أنَّ العافي هو الوليُّ ضرورةً، فما لأحدٍ غيره حقٌّ في هذا الباب.

وقد دلَّ علىٰ هذا التَّفسير[6] قول النَّبي ﷺ: «من قتل له قتيل، فأهله بين

[1] «أ» (كلمة ﴿له﴾)، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] «أ» «ن» (وهي)، والمثبت من «ص».

[3] «أ»، «ن» (جنىٰ)، «ص» (جني)، وهذا تحريف، والمثبت هو المتعين.

(٤) رواه أحمد (٧١١)، وأبو داود (١٥٧٤)، والترمذي (٦٢٠)، وابن ماجه (١٧٩٠)، من طريق أبي إسحاق، عن عاصم بن ضمرة، عن علي ﷺ. قال أبو داود: وروىٰ حديث النفيلي، شعبة، وسفيان وغيرهما عن أبي إسحاق، عن عاصم، عن علي لم يرفعوه، أوقفوه علىٰ علي. ونقل الترمذي في «السنن» (٣/٧): عن البخاري، وقال «وسألت محمدا: عن هذا الحديث؟ فقال: كلاهما عندي صحيح عن أبي إسحاق، يحتمل أن يكون روي عنهما جميعا». وانظر: «نصب الراية» (٢/٣٥٦)، «البدر المنير» (٥/٥٥٦)، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (١/٢٥٤).

[5] «ص» (لكم عن هذه).

[6] «ص» (التقسيم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

خيرتين، إن شاؤوا أقادوا وإن شاؤوا أخذوا الدِّية»(١).

ولا يردُّه قوله ﷺ: «العمد قودٌ»(٢) فإنَّ فيه أنَّ القود يجب عينًا. ونحن نقول به، ثم نثبت الخيار بالخبر الأوَّل، كما أوجب الله تعالىٰ القصاص عينًا، ثمَّ أثبت الخيار في آخر الآية.

واحتجَّ بقول الله تعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النِّساء: ٩٢].

فالله تعالىٰ أوجب الدِّية بالخطإ حقًّا للمقتول، وبدلاً عنه مسلمةً إلىٰ أهله، أي: إلىٰ من يخلفه في حقوقه. فدلَّ علىٰ الوجوب حال العمد من طريق الأَوْلىٰ؛ لأنَّ حقَّ المقتول لمَّا لم يسقط بخطإ القاتل، وعذره كان ثابتًا[٣] حال عدم العذر من طريق الأَوْلىٰ.

فأمَّا القياس؛ فلأنَّ الآدميَّ عينٌ مضمونٌ بالمال حال الخطإ، فكذلك حال العمد؛ قياسًا علىٰ المال، وتأثيره: أنَّ ضمان المال حال الخطإ يجب للمتلف عليه حقًّا له جبرانًا لما أتلف عليه، وحقُّه قائمٌ حال العمد والخطإ علىٰ نمطٍ

(١) رواه البخاري (٢٤٣٤)، ومسلم (١٣٥٥)، من حديث أبي هريرة ﷺ.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٧٦٦) سنن الدارقطني (٣١٣٦) من حديث ابن عباس. ورواه الطبراني من حديث إسماعيل بن عياش، عن عمران بن أبي الفضل، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم، عن أبيه، عن جده. قال الهيثم في «مجمع الزوائد» (٦/٢٨٦): «رواه الطبراني، وفيه عمران بن أبي الفضل، وهو ضعيف». وانظر: «التلخيص الحبير» (٤/٦٧). ورواه أبو داود (٤٥٩١)، والنسائي (٤٧٨٩)، وابن ماجه (٢٦٣٥) بمعناه. قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٨/٤٠٩): «وإسناد رواية ابن ماجه علىٰ شرط الشيخين». وانظر: «نصب الراية» (٤/٣٢٧).

[٣] «ص» (بإثبات).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

واحدٍ ؛ إلَّا أنَّه حال العمد يلحقه خطرٌ[١] من قبل الله ، وحجرٌ من جهة الشَّرع قائمٌ بهتكه وعصيانه ربَّه.

وكان القياس مانعًا وجوب القصاص حقًّا للولِّي[٢] ؛ لأنَّه عقوبةٌ زاجرةٌ عن ارتكاب المعاصي ، ومثل هذه العقوبات إنَّما شرع حقًّا لله تعالىٰ في الأصل ، كالحدود ؛ لأنَّها تقابل الأفعال التي هي معاصٍ شرعًا ، وتلك حرمات تثبت لله تعالىٰ ؛ لا حقَّ للعباد فيها ، وإنَّما حقُّهم فيما جعل لهم بأن لا يتلف عليهم ، ولا يتعرَّض فيها لهم. وبعد الإفاتة إنَّما ينجبر[٣] بما يصير لهم ، فيكون قائمًا مقام ما فات ، لا فيما لا يصير لهم ، وبالعقوبات لا يحصل لهم شيءٌ ، وإنَّما يقع بها زجرٌ عن المعاصي التي بالانزجار[٤] تتمَّة الحدود الشَّرعيَّة. ألا ترىٰ أنَّ القصاص لا يجب في غير الآدميِّ من الحيوانات لهذا المعنىٰ ؛ إلَّا أنَّ الشَّرع أوجب القصاص في قتل الآدميِّ حقًّا للوليِّ تعظيمًا لأمر الدِّماء.

بخلاف القياس زاجرًا عن قتل العدوان ؛ ليكون سببًا لحياة النَّاس ، وشفاءً لصدر الوليِّ علىٰ الوجه الذي كان مطلوبًا بحكم الطِّباع قبل الشَّرع ، وكان مقصودًا للقاتل لما قتله عمدًا ، فلمَّا كان إيجاب القصاص علىٰ سبيل الزِّيادة نظرًا للوليِّ لم يجب حتمًا عليه ؛ ولكن علىٰ أنَّ له الخيار بين الميل إلىٰ الواجب الأصليِّ وبين هذا. وكان كما قلتم ـ فيمن قطع يدًا صحيحةً ، ويدُ القاطع شلَّاء ـ: أنَّ المقطوعة يده بالخيار بين أن يستوفي القصاص ، وبين أن يستوفي الدِّية ؛ لأنَّ بيد

[١] «ن» (حظر) ، ولم تضبط في «ص».

[٢] «أ» (للمولىٰ) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (يتخير).

[٤] «ص» (بالإيجاب).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

القاطع نقصانًا عن مثل حقِّه، فلم يلزمه، فتخير.

فكذلك فيما نحن فيه لما كان الواجب الأصليُّ هو الدِّية، على ما بيَّنَّا، والقصاص وجب زيادةً نظرًا للوليِّ، ليشفي به صدره إن شاء لم يجب حتمًا؛ بل على وجهٍ له الخيار.

والذي دلَّ عليه أنَّ القاتل عمدًا ارتكب جنايتين:

جناية إتلاف النَّفس المضمونة لصاحبها على القاتل[١]؛ كما في الخطإ.

وجناية ارتكاب الحرام المحض حقًّا لله تعالى؛ كما في الزِّنا، لأنَّ الله تعالى خلق الآدميَّ معصومًا من القتل ابتداءً، لا يحلُّ بحالٍ شرعًا إلَّا جزاءً لمعصيةٍ. كما خلق الإناث معصومةً عن الاستحلال بالوطء ابتداءً إلَّا بعد ملكٍ، فيصير القتل[٢] حرامًا محضًا شرعًا لحصوله في غير محلِّ الحلِّ شرعًا؛ كالزِّنا، وشرب الخمر، ونحوهما، وهذه الأفعال المحرَّمة شرعًا سبب لإيجاب العقوبات، وإتلاف حقوق الآدميِّين المتقوِّمة سببٌ لإيجاب ضمان المال؛ إلَّا أنَّ نفس الآدميَّ عصمت عن القتل ابتداءً شرعًا حقًّا للآدميِّ ليبقى في نفسه، ونفسه له، فوجبت[٣] العقوبة المقابلة ـ بهتك هذه الحرمة ـ له أيضًا؛ كما في حدِّ القذف على أصلنا. ولمَّا وجبت[٤] له العقوبة، والضَّمان يجب له أيضًا لم يمكن الجمع بينهما بسبب نفسٍ واحدةٍ حقًّا لصاحبها، فيجب له أكثر من الفائت، فخيِّر، فإنَّه صاحب الحقِّ.

[١] «أ» «ن» (القتيل)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (الفعل).
[٣] «أ» (فوجب)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» «ن» (وجب)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهذا كما قلنا: إنَّ المحرم إذا قتل صيدًا [واحدًا][١] في الحرم لم يضمن جزاءين، وإن أتلف صيدًا آمنًا بالحرم مضمونًا بالبدل، وأتلف وهو محرمٌ؛ فيكون نفس الإتلاف[٢] حرامًا بإحرامه[٣] علىٰ أصلكم موجبٌ كفَّارة حقًّا للإحرام؛ لأنَّ المستحقَّ هو الله تعالىٰ، فما للصَّيد[٤] استحقاقٌ، ولا للإحرام، ولمَّا رجعا إلىٰ الله لم يجتمعا بسبب إتلاف صيدٍ واحدٍ..

وقال المسلمون أجمع: في دمٍ بين جماعةٍ ـ عفا أحدهم ـ تحوَّل نصيب الآخرين مالًا، وإن لم يرض القاتل به، فلولا أنَّ الدِّية كانت واجبةً؛ وإلَّا لما وجبت بعفوِ البعض من غير رضا القاتل، فإنَّه لا ولاية للعافي علىٰ القاتل؛ كما لو كان القصاص له، وعفا عن البعض.

ويدلُّ عليه أنَّ القاتل متىٰ مات أو قتل، فقد عجز الوليُّ عن استيفاء حقِّه منه قصاصًا، كما إذا عفا بعض الأولياء، فوجب أن يتحوَّل حقُّه مالاً؛ كما تحوَّل حقُّ سائر الأوَّلياء الذين لم يعفوا مالاً، وإذا تحوَّل مالاً أخذ من تركته. وكذلك من عليه القصاص في الطَّرف ـ إذا قطع طرفه بحقٍّ عليه ـ ضمن الأرش لوليِّ القصاص. فكذلك إذا سقطت يده بآفةٍ أو قطعت ظلمًا؛ لأنَّه في الحالين عجز عن [استيفاء][٥] القصاص بفوت المحلِّ، فلا يبطل أصلًا؛ بل أوْلىٰ، لأنَّه إذا قطع ظلمًا ووجب الأرش، فإن الفائت أخلف بدلاً، وإذا قطع بحقٍّ فما أخلف شيئًا.

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (إتلاف)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (كرامة).
[٤] «أ» (للعبد).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأنَّكم في النَّفس تقولون: لا حقَّ للولي إذا قتل القاتل، سواءٌ قتل بظلمٍ، أو قتل بقصاصٍ عليه ـ غير هذا ـ، أو بحدٍّ لزمه، فكذلك في الطَّرف [إذا قطع طرفه][١]، ثمَّ البدل يجب إذا قطع طرفه بحقٍّ عليه عُلم أنَّ الأرش كان واجبًا من الأصل.

ولأنَّه لمَّا طلب منه الدِّية، فقد قدِر على إحياء نفسه بمثل بدلها، فيلزمه الإحياء، وبذل المال؛ قياسًا على المضطرِّ إذا وجد الطَّعام بمثل القيمة.

ولعلمائنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾ [النساء: ٩٣] فدلَّ على أنَّه لا جزاء سواه؛ لأنَّه أضافه جزاءً إلى القتل، فيقتضي الكمال؛ كما يقال: مال فلانٍ كذا. ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا﴾ [المائدة: ٣٨].

ولأنَّه لو [لم][٢] يذكر على سبيل الجزاء؛ كقوله تعالى: ﴿فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ﴾ [النساء: ٩٢] لاقتضى[٣] الكمال؛ لأنَّ الآية سيقت لبيان حكم أنواع القتل، فلا يحلُّ السُّكوت عن بيان ما هو الواجب به.

فكيف وقد ذكره[٤] الله تعالى بلفظ الجزاء، والجزاء بمنزلة العوض، فمن قال: إن الدِّية معه واجبة، فقد زاد، وجعل المذكور بعض الواجب فيكون بمنزلة النَّسخ.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».
[٣] «أ» (اقتضى)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» «ن» (ذكر)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

﴿ فإن قيل: أليس القصاص واجبًا؟

﴿ [قلنا: نعم، بآيةٍ أخرىٰ يجوز النَّسخ بمثلها، ولهذا[١] جازت الزِّيادة.

﴿ فإن قيل: فآية الخطأ تدلُّ علىٰ الوجوب في العمد من طريقٍ أَوْلىٰ نصًّا][٢].

﴿ قلنا: ولا، كذلك؛ بل الخطأ يوجب القصر علىٰ حاله، علىٰ ما نذكره، وقال الله تعالىٰ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، ولم يذكر الدِّية، ولا أثبت له خيارًا، فثبت أنَّ حقَّه النَّفس؛ لا غير، فإذا اراد أن يأخذ غير حقِّه جبرًا[٣] لم يقدر عليه.

وكذلك قوله: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِي ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨] دليلٌ علىٰ الوجوب عينًا، بلا[٤] خيارٍ له فيه. وكذلك قول النَّبي ﷺ: «العمد قودٌ» أي: حكمه قودٌ، فإنَّه ﷺ بعث لبيان الأحكام دون اللُّغات.

ولأنَّ القوَدَ اسمٌ للقتل قصاصًا، فكأنَّه قال: العمد قصاصٌ، فيكون لا محالة تفسيرًا لموجبه لا لعينه، فعين العمد لا يكون قصاصًا؛ بل هو موجب له.

والقياس الفقهيُّ يدلُّ عليه، وهو أنَّ القتل العمد أفات شيئًا مضمونًا، فيجب ضمان مثله، لا غيره ما أمكن؛ قياسًا علىٰ إتلاف المال، وإفاتة حقوق الله تعالىٰ من العبادات التي تُضمن في الدُّنيا بالتَّفويت، فإنَّ الضَّمان في الأصل يكون بمثلها، الصَّلاة بالصَّلاة، والصَّوم بالصَّوم ما أمكن، والمال بالمال، نحو الزكَّاة والعشر.

---

[١] «ن» (وكذا).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (خبرا)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (فلا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهذا لوجهين مؤثِّرين[١] في الفقه:

أحدهما: ما مرَّ في كتاب الغصب، أن ضمان الفائت متىٰ وجب بالتَّعدِّي لم يجب إلَّا مِثْلاً بالكتاب والسُّنة والإجماع.

لأنَّ الزِّيادة ظلمٌ بالمتعدِّي، والبخس[٢] ظلمٌ بالمتعدَّىٰ عليه.

ولأنَّه يجب ليقوم مقام الأوَّل سادًّا مسدَّه، فيجب مثله لا محالة ليصير؛ كأنَّه هو.

والواجب في مسألتنا هذه: ضمان الفائت من النَّفس المقتولة، بدليل أنَّ الواجب يجب حقًّا محضًا لوارث [الميِّت][٣] المقتول؛ إليه استيفاؤه، وعفوه، والصُّلح عليه[٤] ـ علىٰ ما يتراضون عليه ـ، ويورث بعد الوجوب، وأجزية[٥] الأفعال من العقوبات لا تورَث، ولا يجوز الاعتياض عليها؛ كالحدود.

ولأنَّ كلامنا في الدِّية أواجبةٌ بالعمد أم لا؟، فعندك: هي واجبةٌ، وعندي: لا تجب، ولا إشكال أنَّ الدِّية تجب ضمانًا للنَّفس الفائتة، لا جزاءً علىٰ المعصية التي ارتكبها، حتَّىٰ وجب بالخطإ، ولا معصية. والتَّعليل ـ في الحقيقة ـ ينفي[٦] ما ليس بمثل من الدِّية، فالخلاف فيه، لا في القصاص، فإنَّه واجبٌ بالإجماع، علىٰ أنَّ التَّعليل عمَّ[٧] الأمرين جميعًا، والقصاص مثل الأوَّل، والدِّية ليست بمثلٍ.

---

[١] «ص» (وهذان الوجهان مؤثران).
[٢] «ص» (والتخيير).
[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٤] «أ» (عنه)، والمثبت من «ن».
[٥] «ص» (وأجرته).
[٦] «ص» (لنفي).
[٧] «أ» (أعم)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فالدَّليل علىٰ أنَّ الدِّية ليست بمثلٍ: أنَّ المقتول ليس بمالٍ، فلا يكون المال مثلاً له قياسًا؛ لأنَّ مثل الشَّيء قياسًا: ما يماثله صورةً ومعنىٰ، أو بأحدهما[١]، ولا مماثلة بين الآدميِّ، والإبل والدَّراهم؛ صورةً، ولا معنىٰ؛ لأنَّ معنىٰ المال: ما خلق المال له من إقامة مصالحنا به، من حيث إنَّه مملوك مخلوق لنا[٢] نبتذله فيما نحتاج إليه.

ومعنىٰ الآدميِّ: ما خلق له من عبادة الله تعالىٰ، والخلافة عنه في أرضه لإقامة حقوقه، [ولِما يعلم الله تعالىٰ][٣].

ولأنَّ المال إنَّما يجعل مثلاً لمالٍ آخر يخالفه في الصُّورة لتساويهما في قدر[٤] الماليَّة، وإذا كان طريق المماثلة في جنس المال عند اختلاف الصُّورة المماثلة بقدر الماليَّة لا غير، وهذا منسدٌّ[٥] إذا كان المتلف غير مال انسدَّ باب المماثلة فيما نحن فيه، فالصُّور[٦] مختلفةٌ فيما نحن.

ولأنَّ المثل معنىٰ: عبارةٌ عن قيمة الشَّيء، والقيمة: عبارةٌ عن قدر ماليَّة الشَّيء بالدَّراهم أو الدَّنانير، فإذا لم يكن الشَّيء مالاً لم يكن له قيمة من الثَّمن.

وكما قلنا في حقوق الله تعالىٰ المضمونة: إنَّ ما ليس بمالٍ [منها][٧] ـ نحو

---

[١] «أ» «ن» (أحدهما)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (لما).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (بتساويهما بقدر)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (فاسد).

[٦] «ص» (والصورة).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الصَّوم والصَّلاة ـ لا يضمن بالمال ما أمكن بالمثل لهذا المعنىٰ، فثبت أنَّ المال لا يكون مثلاً لما ليس بمالٍ في أصل المقايسة، وبطريق تعقل بالرَّأي، وهذا بابٌ لا شبهة فيه.

والقصاص مثل فيما نحن فيه؛ لأنَّ المستحَقَّ نفسٌ مثل الأوَّل، والفعل قتلٌ مثل الأوَّل؛ لأنَّ الله تعالىٰ سمَّاه قصاصًا، والقصاص في اللُّغة: عبارةٌ عن المساواة، يقال: التقىٰ الدَّينان قصاصًا؛ إذا تساويا من كلِّ وجهٍ.

والغرض منهما متَّفقٌ؛ لأنَّ القتل ما يباشَر في الوضع إلَّا للإتلاف تشفِّيًا من المقتول، ما يحصل به إلَّا التَّلف، ولا يستفيد المتلف إلَّا شفاءً صدر منه، والثَّاني مثل الأوَّل [فيه][1].

ومن حيث الحقيقة: الأوَّل أفات حياةً، والمقصود بالقتل إفاتة الحياة، لا أخذ الجثَّة؛ فإنَّها جيفةٌ لا يبالي بها القاتل، فيكون المثل القائم مقامه[2] أخذ نفسٍ، وإتلاف حياةٍ، يحصل به حياة للوليِّ القائم مقام القتيل، وذلك في القصاص قال الله تعالىٰ: ﴿وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وإذا كان الفائت الأوَّل حياةً وجب أن يكون المثل ما ينجبر به الفائت من الحياة لا المال، فالحقوق المضمونة بالإفاتة[3] مضمونةٌ بما يقوم مقامها، ويسدُّ مسدَّها، وإنَّما يقوم مقام الحياة حياةٌ؛ لا مالٌ، فكلُّ الدُّنيا لا تساوىٰ[4] بحياة ساعةٍ.

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (مقام).
[٣] «أ» (بالإقامة).
[٤] «أ» (تستوي).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والله تعالىٰ نصَّ علىٰ أنَّ في القصاص حياةً لنا ؛ فنعتقد الإفادة ؛ عقَلنا ، أو لم نعقل ، علىٰ أنَّه معقولٌ ، فإنَّ القاتل عمدًا يصير حربًا علىٰ أولياء القتيل خوفًا علىٰ نفسه ، وقد يستعين عليهم بغيره علىٰ ما عليه عادات المتغلِّبة ، والقصاص يؤمِّنهم عن شرِّه ، فيحيون[١] بدفع سبب الهلاك عن أنفسهم[٢] ، وكذلك غيره يعتبر به ، فينزجر عن القتل ، فيكون إحياءً مثله ؛ لأنَّ إحياء الحيِّ في دفع سبب الهلاك عنه.

قال الله تعالىٰ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] ، فثبت أنَّ القصاص مثل الأوَّل: فعلاً ، ومأخوذًا بالفعل ، وغرضًا وقدرة ، وفيه جبرٌ للفائت من الحياة بقدر الممكن ؛ لكن للوارث لا للميِّت ؛ كالمال[٣] يجب للوارث في الحقيقة ، لا منفعةَ للميِّت فيه إذا لم يكن عليه حقٌّ يقضىٰ منه ، فيقوم الوارث مقامه فيما يعود عليهم [من][٤] فائدة الحياة المتلفة بالموت.

ولا مماثلة في المال بوجهٍ فثبت أنَّ الواجب الأصليَّ هو القصاص ؛ لا المال ، وكان ينبغي أن لا يجب المال حال الخطإ ؛ لأنَّه نهايةٌ في باب العقوبات المعجَّلة في الدُّنيا ، فلا يجب إلَّا عن ارتكاب معصيةٍ ، ولا معصية مع الخطإ ، فإنَّ الله تعالىٰ وضعه عنَّا رحمةً ، فلم تكن[٥] المؤاخذة بما هو عقوبةٌ رحمةً علىٰ المخطئ ونظرًا له ، ولما امتنع حقًّا للقاتل ، وأمر الدَّم عظيمٌ خطره ، لم يهدره

[١] «أ» (فيجوز) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «أ» «ن» (نفسه) ، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (كالملك) ، والمثبت من «ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٥] «أ» «ن» (يمكن) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الشَّرع بحقٍّ مراعاةً[١] للمخطئ بعذره، فنقل[٢] إلىٰ المال نظرًا للقتيل، فأوجب المال إحياءً لحقِّه بما لم يُعقل[٣] مثلاً؛ للعجز عن الإحياء بالمثل.

فصار معدولاً به عن القياس ـ بعذرٍ ـ فلم يجز قياس حال الإمكان وزوال العذر عليه؛ كما في حقوق الله تعالىٰ تجب الفدية عند اليأس[٤] عن المثل، وتحقّق العذر، ولم يجز قياس [حال][٥] الإمكان عليه، وكذلك جميع الأبدال عن الأصول ـ لعذر العجز ـ لا تثبت حال القدرة علىٰ الأصل.

بخلاف إتلاف الأموال؛ لأنَّ الواجب حال العمد ليس بعقوبةٍ؛ بل عوضٌ عن الفائت محضٌ، فأمكن إيجابه حال الخطإ، ولمَّا أمكن بالمثل لم يصر إلىٰ غيره، وساوىٰ حال الخطإ حال العمد، وإنَّما يفارق حال الإمكان بالمثل غير حال الإمكان. ألا ترىٰ أنَّ من أتلف علىٰ آخرَ مالاً له مثلٌ من جنسه، فلم يضمن حتىٰ انقطع المثل= ضمن القيمة، ولا يجوز إيجابها ـ جبرًا ـ حال القدرة قياسًا.

ولهذا قلنا: إنَّ شاهدين لو شهدا علىٰ رجلٍ بالعفو عن القصاص، ثمَّ رجعا بعد القضاء= لم يضمنا الدِّية؛ لأنَّ المتلف ليس بمالٍ، فلا يضمن بالمال.

ولم يجز القياس علىٰ قتل الخطإ؛ لأنَّه ورد بخلاف القياس صيانةً للدِّماء، وما في هذه الشَّهادة إراقة دمٍ ليصان بالضَّمان عند تعذر القصاص.

وكذلك إذا صالح بدارٍ عن القصاص عليه لم تجب فيها شفعة، لأنَّ الشفعة

---

[١] «أ» «ن» (راعاه)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (فنقله).

[٣] «أ» «ن» (مما لم يفعل)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (الناس)، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

إنَّما تجب بمثل بدل[١] الدَّار، والبدل هو القصاص، وما لَه مثل من المال على ما مرَّ.

ولهذه المسائل نظائر ذكرناها في كتاب النِّكاح: في أنَّ ما ليس بمالٍ لا يضمن بالمال ضمان الإتلاف، ولا ضمان يجبُ [شرعًا إلَّا][٢] بشرط المثليَّة.

ولا يلزم إذا قطع يدًا صحيحة، ويد القاطع شلَّاء؛ لأنَّه ظفر بمثل حقِّه ناقصًا.

لأنَّ المقصود بالقطع إبانة الطَّرف؛ لا إتلاف الحياة، فلابدَّ من مساواة الطَّرفين على ما نبيِّنُه في موضعه بعد هذا. والشَّلَّاء لا تساوي الصَّحيحة؛ بل هي[٣] أنقص، فكان لصاحب الحقِّ أن لا يرضى بالنَّاقص، فيصير من عليه الحقُّ عاجزًا عن إيفائه حقَّه ـ بعذرٍ فيه ـ مع قيامه؛ لقيام محلِّه، فلا يهدر حقُّ الآخر بحقِّه[٤]؛ بل وجب النَّقل إلى المال؛ كما إذا امتنع الوجوب لشبهةٍ، فالسُّقوط في الحالين لعذرٍ في القاطع.

ونظيره من الأموال: من استهلك على آخر مالاً له مثلٌ، فأتى بالمثل، وفيه نقصانٌ، ولم يجد مثلاً آخر لانقطاعه= فصاحبه بالخيار، إن شاء أخذه، وإن شاء ضمَّنه مثل قيمته[٥].

[ولا يلزم عليه الحدود، فإنَّها تجب؛ لا أمثالاً، لأنَّ المماثلة إنَّما تجب ـ فيما تجب ـ قائمًا مقام الفائت تسدُّ مسدَّه، والحدود تجب زواجر، وتنكيلاً

---

[١] «ص» (تلك).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[٣] «أ» «ن» (هو)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (حقه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» «ن» (مثله قيمة)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

علىٰ المعاصي[١] ، فتجب بقدر ما فيه من مصلحة الزَّجر ، وذلك أمر شرعي[٢] لا يعقل بالقياس][٣] .

والذي يوضحه: أن الضَّمان في الأصل إنَّما يجب صيانةً لحقِّ[٤] المتلف عليه حتىٰ يحييٰ بالجبر . ولما تعذَّر في الدَّم صيانته[٥] بالجبر ، لأنَّه غير متصوَّر[٦] بالمال ، فإنَّه لا يعود إليه بالمال من منفعة حياته شيءٌ صين[٧] بالعقوبة الزَّاجرة عن القتل ليحييٰ ، بأن يتفكَّر القاتل في عاقبة أمره ، فلا يركبها . كحقوق الله تعالىٰ ـ لمَّا تعذَّر جبرها بالمال حقًّا لله ـ صين[٨] بالعقوبات حتَّىٰ لا يهتك حقوق الله تعالىٰ ، فعلمت أنَّ ما لا يمكن صيانته بالجبر يصان بالزَّجر قياسًا ، ثمَّ لمَّا تعذَّرت الصِّيانة بالعقوبة حال الخطإ صين بضمان المال الذي هو دونه ، وليس بمثلٍ له ؛ صيانةً عن الهدر .

فأمَّا الجواب عن الأوَّل: أنَّها في تأويل عبد الله بن عباسٍ وردت لتجويز[٩] الصُّلح عن دم العمد بالدِّية تخفيفًا لهذه الأمَّة ؛ إلَّا أن الله تعالىٰ لم يذكر رضا القاتل لأنَّه يكون ثابتًا لا محالة .

[١] «أ» (العاصي) ، والمثبت من «ن» .
[٢] «ن» (عيني) .
[٣] ما بين [ ] ليس في «ص» .
[٤] «أ» (بحق) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٥] «ص» (ضمانه) .
[٦] «أ» (مضمون) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٧] «ص» (ضمن) .
[٨] «ص» (ضمن) .
[٩] «أ» (لتحويل) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فمن تيقَّن بقتله بذل دونه كلَّ الدُّنيا ـ لو ملك ـ؛ إلَّا من سفه نفسه، فإنَّها لا تبقى له إذا قتل، فيفوته الأمران جميعًا، وفي البذل[1] إحياءٌ لنفسه. وهذا كما قال النَّبي ﷺ لربِّ السَّلم: «لا تأخذ إلَّا سلمك، أو رأس مالك»(٢). ولا يمكنه أخذ رأس المال إلَّا برضا المسلم إليه؛ ولكن في الأغلب يكون رضاه ثابتًا، لأنَّه ما باع إلَّا بأقلِّ الثَّمنين، ويكون طالبًا[3] للإقالة ليزول عنه عينه، وعلى هذا تأويل الحديث «وإن شاؤوا أخذوا الدِّية» أي: إذا رضي القاتل؛ لكنَّه لم يذكر لوجوده عادةً.

وعن عمر وعليٍّ وعبد الله بن مسعودٍ ﷺ: أنَّهم حملوا الآية على الدَّم بين جماعة عفى أحدهم عن نصيبه.

وقد دلَّ عليه قوله: ﴿شَيْءٌ﴾ على التَّنكير، فإنَّ الله تعالى أوجب القصاص ابتداءً، ثمَّ قال: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ على سبيل التَّنكير، فينصرف إلى شيء من الواجب عليه [أي: شيءٌ من][4] القصاص.

❖ فإن قيل: تأويله: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ من العفو بعفو

---

[١] «ص» (البدل).

(٢) لم أقف عليه بهذا اللفظ. قال ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/١٦٠): «لم أجده بهذا اللفظ». وروى أبو داود (٣٤٦٨) وابن ماجه (٢٢٨٣) عن أبي سعيد الخدري، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره». وأخرجه الترمذي في العلل الكبير (ص: ١٩٥)، وقال: «وهذا حديث شجاع بن الوليد لا أعرف هذا الحديث مرفوعا إلا من هذا الوجه، وهو حديث حسن». ورواه الدارقطني (٢٩٧٧) من طريق الحسن بن عرفة، وإبراهيم بن سعيد الجوهري. ثم قال: «وقال إبراهيم بن سعيد: فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله»، وفي إسناده عطية العوفي، فلا يصح. وانظر: «نصب الراية» (٤/٥١).

[٣] «ص» (طائعا).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

القصاص، دون البدل.

﴿ قلنا: لما كان ﴿شَيۡءٌ﴾ نكرةٌ من جملةٍ وجب صرفها إلى الجملة المذكورة سابقًا[١]؛ وهو القصاص، دون العفو، [ولم يجز صرفه إلى العفو][٢] الذي لم يذكر؛ كما[٣] يجب في الكتابة والتَّعريف.

والجواب عن المقايسات: أنَّها ساقطةٌ؛ لأنَّها قياس نصٍّ على نصٍّ، وقياسٌ لإيجاب زيادةٍ على النَّصِّ، وقياس غير حال العذر على الواجب بعذر.

ثم الجواب: لو خرجت مخرج القبول؛ فعن الأوَّل، أنَّا لا نسلم أنَّه مضمونٌ بالمال حال الخطإ على معنى أنَّه مثله ليمكن القياس عليه على معنى أنَّه مثلٌ[٤]؛ ولكن الشَّرع أوجبه إظهارًا لحرمة الدَّم حال تعذُّر إيجاب الضَّمان بالمثل، وبالعقوبة الزَّاجرة لئلَّا يهدر دمه، إلَّا أنَّ هذه الحالة اتفقت[٥] حال الخطإ لما ذكرنا أنَّ القصاص عقوبةٌ، ولا يمكن الإيجاب معها.

وقد تتَّفق حالةٌ أخرى، الأب يقتل ولده عمدًا، فيجب المال، وهو عمدٌ محضٌ، على ما نبيِّن في موضعه؛ لأنَّ الولد لا يستحقُّ قتل أبيه شرعًا بحالٍ، فلمَّا تعذَّر إيجاب القتل بحقِّ الأبوَّة ـ وكذلك المولى يقتل عبده عمدًا ـ وجب المال.

ولما ذكرنا في غير الآدميِّ أنَّ غير المثل[٦] إنَّما يجب عند تعذُّر المثل من

[١] «ص» (فيما بعد).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (لما)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» (غير مثل).
[٥] «أ» «ن» (اتَّفق)، والمثبت من «ص».
[٦] «أ» (المتلف)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الأموال، وحقوق الله التي تضمن بالأمثال، فثبت أنَّ الوصف غير مسلَّم.

ثمَّ إنَّا نقول بموجبه، فإنَّ العمد والخطأ سواءٌ في أنَّه موجب للمال حال تعذُّر إيجاب القصاص، كما قلنا في الأب يقتل ولده، والمولىٰ عبده. ولأنَّا لما بيَّنَّا أنَّ الضَّمان بمثل الأوَّل، والمال ليس بمثلٍ ووجب شرعًا حال عدم الأوَّل، عُلم أنَّه بدلٌ عن المثل، علِّق بعدمه فلا يجب معه كالفدية عن الصَّوم وسائر الأبدال عن الأموال، وهي طريقة حسنةٌ.

وعن قوله: إنَّ القصاص ما كان يجب قياسًا إن سلَّمنا لهم هذا، فلا يضرُّنا، لأنَّا نتكلَّم بعد ما وجب القصاص والدِّية[١] شرعًا في أنَّ أيَّ الواجبين[٢] أقرب إلىٰ مماثلة الأوَّل من حيث الرَّأي، فوجدنا القصاص مماثلاً دون المال من الوجه الذي مرَّ، فعلمنا أنَّه الأصل، والآخر صير إليه للعذر؛ كما ظهر مثله في حقوق الله تعالىٰ. ولما ذكرنا أنَّ القصاص يجب عقوبةً زاجرةً عن فعل التَّعدِّي جزاءً للفعل، وإنَّه مثل الأوَّل قتلٌ بقتلٍ، أي: إتلاف حياة مثل الأوَّل.

وهذا بخلاف إتلاف سائر الحيوانات، لمَّا ذكرنا أنَّ الغرض من أخذ سائر الحيوانات أعيانها، لينتفع بها حيًّا[٣]، لا تفويتها، فلا يكون مجرَّد التَّفويت مثلاً للأوَّل، وفيما نحن لا نقصد إلَّا التَّفويت ـ علىٰ ما مرَّ ـ، فيكون التَّفويت مثلاً له.

ولأنَّ إتلاف سائر الحيوانات لا يكون معصيةً محضةً؛ لأنَّها خُلقت

---

[١] «ص» (والدم).

[٢] «ص» (الوجهين).

[٣] «ص» زيادة (وميتا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

للإتلاف بطريقه ، وإنَّما يحرم حقًّا لمالكها أو لعدم الطَّريقة ، فلا تجب العقوبة المحضة بإزائها ، وإنَّما يجب البدل القائم مقام الفائت بلا عقوبةٍ ؛ كالقتل خطأً ، فأمَّا القتل العمد فمعصيةٌ محضةٌ ـ على ما بيَّنَّا ـ فصلح أن تجب به عقوبةٌ محضةٌ أيضًا ، [وأصلًا][1] واجبًا .

وعن الثَّاني: أنَّ القصاص الواجب صلح جزاءً عن القتل الذي هو جنايةٌ[2] ، وعن المقتول جميعًا ، فلم يجب جزاءٌ آخر معه شرعًا حال العذر .

والدَّليل عليه: أنَّ القتل نفسه ينتهي إليه عقوبات الدُّنيا ، فصلُح جزاءً عن التَّعدِّي زاجرًا ، وبمعنى الزَّجر تُعلَّق به الحياة على ما مرَّ ، ومن حيث الفائت بالقتل فالحاصل [به][3] للوليِّ من شفاء الصَّدر ـ مثل ما كان للأوَّل ـ صلح عوضًا بالأعواض[4] شُرِع بقدر الإمكان ، فالتَّعدِّي إذا كان في محلٍّ هو لتحصيل المأخوذ في الوضع للأخذ[5] كان عوضه مثله ممَّا يحصل للمأخوذ منه ، وإذا كان في محلٍّ لا يطلب من أخذه[6] إلَّا التَّفويت انتقامًا وتشفيًّا[7] كان مثله بمنزلته . فكلاهما مقصودان وضعًا وشرعًا للعباد ، فالله تعالى أخبر أنِّي نصرتُ المؤمنين شفاءً لصدورهم وكبتًا لأعدائهم ، ولولا أنَّ القصاص صلح عوضًا عن المقتول ؛ وإلَّا لكان ملحقًا بالحدود تكون إقامتها إلى الأئمَّة ، ولا يجوز الاعتياض عنها

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[2] «ص» (حياته) .

[3] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» .

[4] «ص» (عوضا مالا يجوز من) .

[5] «ص» (الآخر) .

[6] «ص» (مؤاخذه) .

[7] «ص» (وشفاءً لصدورهم) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بحالٍ، لأنَّ الحقَّ كلُّه أو المعظم فيما يقابل الأفعال المحرَّمة زواجر محضةٌ لله تعالىٰ؛ لأنَّ حلَّ الفعل وحرمته من حقوق الشَّرع[١] في الأصل، وإنَّما حقوق[٢] العباد فيما جُعل ملكًا لهم، وفي أعواضها.

وكذلك الله تعالىٰ يقول: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] علىٰ سبيل المعاوضة، فثبت أنَّ القصاص مثلٌ جامعٌ للأوَّل[٣] لما هو تعدٍّ، وللنَّفس المضمونة. ألا ترىٰ أنَّ الوليَّ[٤] استحقَّ بها نفس القاتل، ثمَّ يستوفي بالقصاص ما استحقَّه، فكان المستحَقُّ قبل الاستيفاء مثلاً للأوَّل، لا محالة. وتبيَّن أنَّ معنىٰ العقوبة في هذا الباب في مقابلة جزاء التَّعدِّي تبعٌ لمعنىٰ العوضيَّة حتَّىٰ خلُص حقًّا للعبد يملك استيفاءه، وإسقاطه، والاعتياض عليه. ولو كان الذي قاله معتبرًا لوجبت العقوبة لله تعالىٰ والمال للوليِّ؛ كما لو قتل المحرم صيدًا مملوكًا، أو في الحرم صيدًا مملوكًا، وكما تجب الكفَّارة مع الدِّية.

والجواب عن فصل الموت أنَّا ذكرنا أنَّ الدِّية ما وجبت إلَّا خلفًا عن القصاص شرعًا.

بخلاف القياس بعذرٍ، فلا يجب في غير تلك الحالة، وتلك حالة الخطأ، والعذر فيه تعذُّر وجوب القصاص لحقِّ القاتل، فالخطأ عذرٌ يُعتبر حقًّا له، فلم يهدر الشَّرع بحقِّه حقَّ المقتول أصلًا، وأوجبنا كذلك علىٰ الأب يقتل ولده؛ لأنَّ القصاص امتنع وجوبه لحقِّ الأبوَّة، فلم يهدر دم المقتول. وكذلك الدَّم بين

[١] «أ» (الشرعي)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «أ» «ن» (حقٌّ)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (الأول)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ن» (الولد).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

جماعةٍ عفا بعضهم[١] ؛ لأنَّ الامتناع كان لحقِّ القاتل بأن حيِي بعض نفسه بالعفو ، فسلم له ما كان يتلف بالقصاص ، فلم يهدر حقُّ المقتول بقدر ما لم يعف[٢] عنه ، ونقل الحقِّ إلىٰ المال حتَّىٰ يكون نظرًا له ؛ كما نظر للقاتل . فأمَّا إذا مات القاتل أو قُتل ، فالعجز جاء من قبل فَوت محلِّ الاستيفاء ؛ لا لحقٍّ وَجَبَ إحياؤه للقاتل ، فلا حقَّ له في الحياة بعد الموت . وكذلك إذا سقط اليد لآكلةٍ ، أو قطعت[٣] ظُلمًا ، فالامتناع لم يكن لحقِّه في اليد ؛ بل لعجز الوليِّ بفوتِ المحلِّ ، فلم يوجد ذلك القدر[٤] المقوَّم بالمال ، فلم يجب به .

بخلاف ما إذا قُضي بالطَّرف حقًّا عليه ، فإنَّه يضمن الأرش ؛ لأنَّ اليد سلمت له في المعنىٰ لمَّا قضىٰ به حقًّا كان عليه ، فجاء التَّعذر لحقِّه في الحقيقة . وكذلك إذا كان بيده نقصانٌ ؛ لأنَّ صاحبه إذا لم يرض بالنُّقصان تعذَّر إيجاب القصاص ، وأشبه جرحًا لا يدري قدره ، وإنَّه مُوجب للمال ، وكذلك الرَّجل يقتل ولده عمداً .

فأمَّا النَّفس ؛ فلا يجب فيها ديَّة قتلٍ بحقٍّ أو ظلمًا ؛ لأنَّ أنواع القتل وأعداده ـ إذا اجتمعت عليه ـ فالقتل الواحد ينوب عن الكلِّ ، فلا يصير باستيفاء نوعٍ منها قاضيًا ما عليه لحقِّ الغير ، فإنَّ الآخر لو استوفىٰ معه لكان[٥] كلُّ حقٍّ مستوفىٰ كملاً ، فصار الفوات علىٰ من لم يستوف بتركه ، حتَّىٰ قُتل لا بقضائه حقَّه بحقٍّ[٦]

[١] «أ» (أحدهم) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٢] «أ» «ن» (يقف) ، والمثبت من «ص» .

[٣] «أ» «ن» (قُطِع) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «ص» (فلم يوجد حد ذلك للعذر) .

[٥] «أ» «ن» (فكان) ، والمثبت من «ص» .

[٦] «ص» (حتىٰ كان لا يقضىٰ به حقه نحو) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

من لم يقتله، وبسببه ضمن الأرش في الطَّرف، فإذا عدم في النَّفس لم يضمن.

وقولهم: اليد إذا فاتت وأخلفت بدلاً ينتقل إليه، فليس بشيءٍ؛ لأنَّ البدل مالٌ، وإنَّه شُرع بدلًا في[1] حال العذر، فلا يصلح بدلًا للأوَّل الذي وجب له الحقُّ بغير عذر، وصار في حقِّ الأوَّل كأنَّه لم يخلِّفه بدلًا.

وعن الأخير: أنَّ إحياء النَّفس إنَّما يجب إذا لم يكن القتل بحقٍّ، فأمَّا إذا كان بحقٍّ فحلالٌ تسليم النَّفس له ليكون طُهرة له. كما في باب الزَّاني يقرُّ، فيُرجَم، كان أَوْلىٰ من أن يُستر ويتُوب، وإن أمره الشَّرع بالسِّتر.

ولأنَّا نقول: بسبب إحياء النَّفس لا يلزمه المال ما لم يلتزم؛ كما في المضطَّر إلىٰ طعامٍ، ويدلُّ عليه وهو الطَّريق في مسألة القطع في السَّرقة والضَّمان لا يجتمعان، وفي الزِّنا الحدُّ والعُقْر لا يجتمعان، وفي قتل العمد القصاص والكفَّارة لا يجتمعان= ما ذكرنا أنَّ القصاص جزاءُ الفعل، وإنَّه عقوبةٌ محضةٌ بدلالة السُّقوط بالشُّبهات، فلا يجب إلَّا جزاءً عن فعلٍ حرامٍ في نفسه؛ لا لغيره؛ كحدِّ الزِّنا وشرب الخمر؛ لأنَّ الحرام لغيره حلالٌ في نفسه؛ كشرب عصير الغير، ووطئ امرأة نفسه وهي حائضٌ، فلا يجب بإزائه العقوبة المحضة.

ثمَّ قتل الآدميِّ حرِّم في الأصل لاحترامٍ ثبت له، وذلك الاحترام ثبت لحقِّ الآدميِّ في نفسه، فإنَّه جعل له كماله، وحقِّ لله في نفسه من حيث الاستعباد حتَّىٰ إذا كان القتل خطأً ثبت ضمانان لله تعالىٰ وللعبد، والقتل عمدًا إنَّما يحرم ويوجب القصاص بما لله وللعبد من الحقَّين في محلِّ القتل، لا بسببٍ آخر. بدلالة أنَّ الحقَّين متىٰ زالا ببغيٍ أو ردَّةٍ أو زنًا لم يجب القصاص، ولمَّا صار الحقَّان جميعًا

---

[1] «أ» «ن» (علىٰ)، والمثبت من «ص»، وحاشية «أ».

CamScanner المسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

مُعتبرَين في حقِّ القتل العمد حتَّىٰ حرم في نفسه لم يبق معتبرًا مع المحلِّ لله تعالىٰ وللعبد ؛ لأنَّ الواحد إذا صار معتبرًا في موضع لا يبقىٰ في آخر ضرورة[١] ، وقد شرحناه في مسألة القطع والضَّمان. وإذا كان كذلك صار المحلُّ ـ ولا حرمة له ولا حقَّ ـ بمنزلة حيٍّ لا حقَّ له ؛ كالبهيمة والمرتدِّ ، ولا يجب بقتله كفَّارة ، ولا ديَّة ، وصار القتل ـ وهو حرامٌ في نفسه ـ بالحقَّين جميعًا ؛ كشرب الخمر الحرام في نفسه من[٢] غير حرمة للمحلِّ[٣] فوجبت العقوبة المحضة ، وعلامة تمحُّضها السُّقوط بالشُّبهات ؛ كالحدود ، ولم تجب الكفَّارة بحرامٍ علىٰ هذا الوجه ؛ لأنَّ الكفَّارة قطُّ لا تتمحَّض عقوبةً ، فإنَّها تجب مع الشُّبهات. وكذلك القطع بالسَّرقة عقوبةٌ محضةٌ تقابل فعل السَّرقة ، فعُلم أنَّه حرامٌ في نفسه ، وما حرُم إلَّا بحرمة محلِّ السَّرقة من المال المحترم لمالكه ، فلمَّا حرُم الفعل في نفسه بتلك الحُرمة عُلم[٤] أنَّها لم تبق مع المحلِّ [لمالك المحلِّ][٥] ، فصار بمنزلة مالٍ لا حرمةَ له[٦] نحو الخمر.

وكذلك الزِّنا لمَّا أوجب العقوبة المحضة بإزاء الفعل ، والفعل [حرم][٧] بالحرمة التي اعتبرت للمرأة في المحلِّ ، حتَّىٰ كان مضمونًا لها بالعُقْر ، فلمَّا اعتبرت في حقِّ الفعل لم يبق في المحلِّ للمرأة ، فصار كمحلٍّ لا حرمة له من بضع بهيمةٍ أو ميتةٍ ، والله أعلم.

---

[١] «ص» (صورة).
[٢] «أ» «ن» (مع) ، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (المحلِّ) ، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (علىٰ).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» «ن» (لآخر مثله) ، والمثبت من «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وحكم العمد الذي يوجب المال أن لا يوجب القصاص[١].

|١٣١٣| مسألةٌ: وذلك في الأب والأجنبيِّ والمولىٰ[٢] والأجنبي أو الصَّبي والبالغ= إذا قتلا عمدًا لم يجب القصاص علىٰ أحدٍ عندنا، ووجب ديةٌ واحدةٌ.

وقال الشَّافعي: يجب له القصاص علىٰ [البالغ][٣] الأجنبيِّ، ونصف الدِّية علىٰ الآخر.

وقال في قول: قتل الصَّبي مع البالغ بمنزلة قتل الخطإ، وفي قول: بمنزلة قتل الأب مع الأجنبيِّ(٤)؛ لأنَّ القتل مضمونٌ بعمدٍ محضٍ، فيكون موجبًا للقصاص قياسًا علىٰ ما إذا كانا أجنبيَّين بالغين. أو نقول: القتل عمدٌ محضٌ من القاتلين، فيلزم كلَّ واحدٍ منهما من ضمان القصاص ما لو تفرَّد به؛ قياسًا علىٰ ما ذكرنا.

ومعنىٰ قولنا: عمدٌ محضٌ؛ أنَّ القاتل قصد القتل بآلته؛ ما قصد غيره، فأخطأ بالقتل[٥]. وهذا لأنَّ الشَّرع جعل ضمان القتل خطأ الدِّية، وضمان القتل العمد قصاصًا، علىٰ ما قال النَّبي ﷺ: «العمد قودٌ»(٦)، فعلَّق القصاص بالعمد، والمال علىٰ النفس[٧] بالخطإ؛ إلَّا أنَّ شبهة الخطأ عمل عمله في إسقاط

---

[١] وقعت هذه الجملة في «ص» بعد قوله (مسألة).

[٢] «ص» (أو الولي).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٤١/٦)، و«مختصر المزني» (٣٤٦/٨).

[٥] «ص» (فأخطأه القتل).

(٦) تقدم.

[٧] «أ» «ن» (التَّعيين)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

القصاص ؛ لأنَّه باب يُدرَأ بالشُّبهات.

وحدُّ العمد لغةً: الفعل عن علمٍ بما يفعل، وحدُّ الخطأ: أن يغلط فيما قصد، فيصيب غيره. وللأب عمدٌ علىٰ هذا التَّفسير، وكذلك للمولىٰ وللصَّبي، كما كان لغيرهم.

والدَّليل علىٰ العمد من طريق الحكم أنَّكم تعلِّقون الكفَّارة بالخطإ، ولا توجبونها بالعمد، ولا كفَّارة علىٰ هؤلاء. وكذلك تجب الدِّية مغلَّظةٌ في ماله، ودية الخطأ تجب علىٰ العاقلة، فثبت أنهم عامدون[١].

ولا يلزم علىٰ العبارة الأولىٰ أن لا يُقتل الأب والصَّبي والمولىٰ ؛ لأنَّا علَّلنا لبيان ضمان[٢] العمد أنَّه قصاصٌ إذا وقع مضمونًا، والقتل وقع موجبًا للقصاص علىٰ القاتلين جميعًا ؛ إلَّا أنَّه تحوَّل مآلًا في جانب الأب لمعنىً فيه مانعٍ من وجوب القصاص عليه لابنه. ألا ترىٰ أنَّ القصاص متىٰ وجب علىٰ رجلٍ، ثمَّ مات الوليُّ، فورثه ابن القاتل= سقط.

وكذلك المولىٰ ؛ لأنَّه يجب له لو وجب عليه، ولأنَّ حُرمة المالكيَّة فوق حرمة الأبوَّة. وكذلك الصِّبا مانعٌ لوجوب العقوبة عليه رأسًا، وأن لا تعمل العلَّة عملها لمانعٍ لم يدلَّ علىٰ أنَّه لم تنعقد موجبًا لحكمه.

وأمَّا العبارة الثَّانية ؛ فجعلنا القاتلين كلَّ واحدٍ منهما ـ في حقِّ القصاص ـ كما لو انفرد، والأجنبيُّ لو انفرد لزمه القصاص، وكذلك الأب.

وهذا لمعنًىٰ مُؤثِّر: وهو أنَّ القصاص لما وجب علىٰ القاتلين إذا كانا أجنبيَّين

[١] «أ» (عاملون)، والمثبت من «ص».

[٢] زاد في «أ» (وجوب)، ولعل الناسخ أقحمها من الحاشية، فهي بمعنىٰ (ضمان).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ـ علىٰ كلٍّ واحدٍ منهما كملاً ـ لم يدلَّ سقوط أحدهما لمعنىً في القاتل ـ دون الفعل ـ علىٰ سقوط الآخر ؛ لأنَّهما ممتازان بقاءً واستيفاءً.

ولا يلزم إذا كان أحد القاتلين مخطئًا ؛ لأنَّ القتل خطأً لم يشرع موجبًا لضمان القصاص ، والقتل حصل بالضَّربين[١] جميعًا ، وإنَّه ممَّا لا يقبل التَّجزي حصولًا بسببه ، فإذا تمكَّن[٢] في نفسه ما يمنع القصاص ، وما يوجبه= ترجَّح جانب السُّقوط علىٰ الثُّبوت ؛ لأنَّه ممَّا يُدرأ بالشُّبهات.

ولا معنىٰ لقولكم: بأنَّ الصَّبي لا يأثم كالمخطئ ؛ لأنَّ القصاص ضمان هتك محلٍّ محترمٍ مضمونٍ ، فلا يَبتني ضمانه علىٰ الإثم ؛ كإتلاف المال ؛ بل علىٰ سببٍ صحيحٍ في محلِّه ، والمحل موجود ، والسَّبب هو القتل العمد ، وقد وجد منهم جميعًا علىٰ ما مرَّ. إنَّما الصَّبي يفارق البالغ في ضمان القود[٣] ، وفي التزام العقوبة بالأفعال ؛ لأنَّ الله تعالىٰ درأها عنه. فأمَّا ضمان المال المتعلِّق بالفعل ، فالكلُّ سواءٌ ؛ ولهذا تلزم الصَّبي كفَّارة القتل ؛ لأنَّها تعلَّقت بإتلاف محلٍّ محترمٍ ، وقد تحقَّق من الصَّبي ، والواجب مال ، وهو من أهل ضمان المال له.

ووجهٌ آخر أنَّ تفسير العمد المحض أنَّه قتل حرامٌ بلا شبهة إباحةٍ ، وإن قتل الرَّجل ولده أشدُّ حرمةً من قتل الأجنبيِّ ، لما فيه من زيادة قطيعة الرَّحم ، وكذلك قتل الرَّجل عبده ؛ لأنَّ النَّبي ﷺ وصَّانا بالإحسان إلىٰ ما ملكت أيماننا ، وهذا لأنَّ القصاص نهايةٌ في العقوبة ، فلا يجب إلَّا بما هو نهايةٌ في المعصية ، وهو

---

[١] «أ» (بالضربتين) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (لم يكن).

[٣] «أ» (القول).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

اسمٌ لفعلٍ محرَّمٍ[١] شرعًا، فيكون المحض ما يخلو عن شبهة الإباحة.

ولا يلزم إذا كان أحدهما خطأً؛ لأنَّ الله تعالىٰ استثنىٰ الخطأ من التَّحريم، فعُلم أنَّه مباحٌ في حقِّ الفاعل؛ ولهذا لا يأثم[٢] وفعل الصَّبي علىٰ هذا الوجه بمنزلة فعل المخطئ، فلا يجب القصاص علىٰ شريك الصَّبي.

ولا يقال: بأنَّ في قتل المولىٰ عبده شبهة الإباحة، لأنَّ الملك يبيح تناول المملوك في الجملة، فيوجب الشُّبهة حيث لا يبيح؛ كمن وطئ أمته ـ وهي أخته من الرَّضاعة ـ فإنَّه لا يحدُّ للشُّبهة. هذا باطلٌ؛ لأنَّ القتل فعل لم تبن إباحته علىٰ الملك في الشَّرع؛ لأنَّ قتل الآدميِّ لا يباح بحقِّ الملك ابتداءً، ولا يباح إلَّا عقوبةً جزاءً علىٰ معصيةٍ، ولمَّا لم تبن إباحته علىٰ الملك لا يوجب قيام الملك[٣] شبهة الإباحة؛ كشرب الخمر ـ لمَّا لم تبن إباحته علىٰ الملك ـ فإنَّه يباح شربه قبل التَّخمر من غير ملكٍ[٤] بإباحة المالك، وعند الضَّرورة في الخمر[٥] وغيره، ولا ملك، ولا يباح إذا تخمَّر مع قيام الملك، لأنَّه حرامٌ، والإباحة تثبت علىٰ اتِّصاف العين بالحلِّ دون الملك، فقيام الملك لم يوجب شبهةً.

فأمَّا الوطء فحلُّه بُني علىٰ الملك دون اتِّصاف العين بالحلِّ، فقيام الملك أوجب الشُّبهة ـ وإن لم يبح ـ، وإذا ثبت أنَّ الملك لا يوجب شبهة الإباحة ـ وإن تحقَّق ـ لم يثبت للأب شبهة الإباحة بعلَّة أنَّه جعل كالمالك،

---

[١] «ص» (محترم).

[٢] «أ» (ولهذا لا يلزم لا يأثم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ن» (قيامه).

[٤] «أ» «ن» (ملكة)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (الملك).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والولد كعبده[١].

ولا يقال ـ أيضًا ـ: بأنَّ المولىٰ[٢] أتلف ما هو له، فلا ينعقد له موجبًا للضَّمان عليه؛ كما إذا أتلف ماله بوجهٍ لا يحلُّ؛ لأنَّ المضمون هو الدَّم والدَّم غير مملوكٍ للمولىٰ، علىٰ ما عرف في موضعه. وكان ينبغي أن يلزمه القصاص؛ إلَّا أنَّه لو وجب للعبد لصار للمولىٰ؛ لأنَّ ما للعبد لمولاه، فسقط؛ كمن ورث قصاصًا وجب عليه لغيره، فإنَّه يسقط.

ولأنَّ حرمته فوق حرمة الأب، علىٰ ما مرَّ.

ولنا: أنَّ القتل تمَّ موجبًا للدِّية، فلا يوجب القصاص؛ كما إذا كان أحدهما مخطئًا.

وإنَّما قلنا: تمَّ موجبًا للدِّية؛ لأنَّ الواجب علىٰ الصَّبي والأب ضمان دية، وكذلك علىٰ المولىٰ؛ إلَّا أنَّه سقط لأنَّ ما يجب للعبد يصير لمولاه، [حتىٰ إذا كان المقتول مكاتبًا، وترك وفاءً ضمن المولىٰ نصف قيمته، أو كان علىٰ العبد دين؛ لأنَّ الضَّمان في هذه الحالة لا يصير لمولاه][٣].

أو نقول: تمَّ القتل غير موجب للقصاص علىٰ أحدهما، فكذلك علىٰ الآخر، دليله ما ذكرنا.

والدَّليل عليه: أنَّ ضمان الدِّية ـ أو عدم القصاص ـ حكمٌ أصليٌّ لهذا القتل، لا إن انعقد القتل[٤] موجبًا للقصاص عليهما، ثمَّ سقط إلىٰ مالٍ بعارضٍ، أو بمانعٍ

---

[١] «أ» (كعبد)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «ص» (الولي).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (لأن القتل).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

مقارنٍ، علىٰ ما قاله الخصم: إنَّ القتل سبب ضمانٍ علىٰ القاتل للمقتول، وسبب الحكم المضاف إلىٰ محلٍّ لشخص علىٰ شخصٍ لا ينعقد موجبًا لحكمه؛ إلَّا إذا كان المحلُّ صالحًا له، ووُجد [ممَّن هو أهل للإيجاب له][1] لمن هو[2] أهلٌ للوجوب له، ويلغو السَّبب متىٰ لم تتمَّ هذه الشُّروط الثَّلاثة.

ألا ترىٰ أنَّ الإتلاف ـ كما لا يوجب الضَّمان إذا حلَّ بخمرٍ أو ميتةٍ؛ لأنَّ المحلَّ غير صالحٍ ـ فكذا لا ينعقد موجبًا للضَّمان إذا كان الإتلاف من بهيمةٍ، أو وقع الإتلاف علىٰ حربيٍّ في دار الحرب.

وكذلك البيع؛ كما يلغو في الحرِّ؛ لأنَّه محلٌّ غير صالحٍ له، يلغو من المجنون؛ لأنَّه ليس بأهلٍ له.

وإذا ثبت هذا قلنا: أمَّا إذا كان أحد القاتلين صبيًّا، ففعله لا يصلح علَّةً لإيجاب العقوبة؛ لأنَّها تبتنىٰ علىٰ المعصية شرعًا ـ علىٰ ما مرَّ ـ، وفعل الصَّبي لا يوصف به.

ولهذا لا يلزمه الكفَّارة؛ لأنَّها[3] جزاء فعلٍ محظورٍ شرعًا من وجهٍ، ولا يوصف [به][4] فعل الصَّبي إذا كان من جملة ما يحتمل النَّسخ والتَّبديل، فكان فعل الصَّبي أشدُّ إباحةً من فعل المخطئ، وكان هذا منَّا تعليلاً للخطأ بالإباحة، وتعديةً إلىٰ فعل الصَّبي من طريق الأَوْلىٰ.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ».

[2] «ص» (عليه علىٰ من).

[3] «أ» «ن» (لأنه)، والمثبت من «ص».

[4] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

وأمَّا الأب ففعله محظورٌ محضٌ علىٰ ما قرَّره الخصم؛ ولكنَّ القصاص يجب للمقتول، ثمَّ يورث عنه، أو يجب للوليِّ ابتداءً لقيامه مقام القتيل[١]، لا علىٰ طريق الاستبداد بنفسه، والولد ليس بأهلٍ لاستحقاق القتل علىٰ أبيه شرعًا. ألا ترىٰ أنَّه لا يحلُّ له قتله بكفره، ولا ردَّته، ولا زناه، وإن صار الأب مباح الدَّم في نفسه، وإذا لم يكن [أهلاً][٢] لاستحقاق القتل لم ينعقد السَّبب موجبًا له؛ كما لا ينعقد إذا كان المحلُّ مباحًا، أو الفعل مباحًا، أو فيه شبهة الإباحة، وإذا لم ينعقد موجبًا له، فكذا لمن[٣] يقوم مقامه علىٰ سبيل الخلافة؛ لأنَّه خليفته.

وكذلك العبد ليس بأهل لاستحقاق العقوبة علىٰ مولاه؛ لأنَّ الولد لم يكن أهلاً [له][٤]؛ لأنَّه بمنزلة عبده وكسبه، وهذا عبده[٥] علىٰ الحقيقة.

وكذلك القتل إذا أوجب قصاصًا، ثمَّ ورثه ولده= يسقط، فإذا قارن المسقط سبب الوجوب منع الوجوب.

وكذلك [الصَّبي][٦] علىٰ هذا الطَّريق [ليس][٧] بأهلٍ لوجوب العقوبة عليه، فلا ينعقد السَّبب موجبًا عليه ـ وهو غير أهلٍ لها ـ، فثبت أنَّ القتل [في][٨] نفسه انعقد موجبًا لضمان الدِّية، فلم يجز أن يوجب القصاص؛ لأنَّ القتل في حقِّ

---

[١] «ص» (القتل).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (ممن)، والمثبت من «ن».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (عنده).

[٦] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

المقتول واحدٌ، وإنَّه لا يقبل التَّجزي، فإذا كان بعضه غير موجبٍ للقصاص، بأيِّ سببٍ كان صار الكلُّ غير موجبٍ؛ كما قاله الخصم في المخطئ والعامد.

وبطل فرقهم[١] بأنَّ الخطأ صفةٌ راجعةٌ إلىٰ القتل نفسه، والأبوَّة والمالكيَّة راجعةٌ إلىٰ القاتل، والقاتل يتجَّزأ [عن القاتل بما عليه، والقتل لا يتجَّزأ][٢].

لأنَّ هذه الصِّفة ـ وإن كانت في القاتل ـ أوجبت تغيُّر حكم القتل؛ كما لو كان في القتل نفسه، علىٰ أنَّ الخطأ ضربان:

أحدهما: يرجع إلىٰ الفعل؛ بأن يرمي صيدًا، فيخطئه الرَّميَ، ويصيب إنسانًا لم يرده الرَّامي برميه.

والآخر: إلىٰ الرَّامي؛ بأن يرىٰ سوادًا، فيظن أنَّه صيدٌ، فيرميه، فإذا هو إنسانٌ، فقتله؛ فهذا الخطأ لم يقع في الفعل؛ لأنَّه أصاب ما قصده برميه، ولم يخطئه؛ ولكن وقع الخطأ في اجتهاد الرَّامي.

ومثل هذا المخطئ: إذا اجتمع إلىٰ عامدٍ لم يجب القصاص علىٰ العامد، وإنَّما يوصف هذا القتل بالخطإ مجازًا؛ لأنَّه حصل بخطإ القاتل في اجتهاده، فكان الخطأ بسببه.

والعرب تسمي الشَّيء باسم سببه، فإذا عرفت هذا بطل بناؤهم ضمان القصاص علىٰ العمد بالحدِّ الذي قالوه[٣] بديًا من غير اتِّصافٍ بالحظر شرعًا، ومن غير أن يكون من يجب له أهلًا لاستحقاقه، وكذلك من يجب عليه.

[١] «أ» (قولهم)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».
[٣] «أ» «ن» (قاله)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وبطل اعتبار الجمع[1] بالانفراد؛ لأنَّا نقول به، وحال الانفراد لا يجب القصاص إذا اتَّصف القتل بأنَّه موجبٌ وغير موجبٍ.

أو نقول: العمد المحض لا يوجب قصاصًا وديَة؛ قياسًا على حال الانفراد، وهذا أولى؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما حكمٌ متعلِّقٌ بقتل غير القتل الآخر، فلم يجز الاجتماع بقتلٍ واحدٍ.

|١٣١٤| مسألةٌ: رجلٌ قتل عشرةً عمدًا؛ قتل بهم، ولا يجب شيءٌ من المال.

وقال الشَّافعي: إنَّه يقتل بهم، ويغرَم تسع ديَّاتٍ في تركته(٢).

|١٣١٥| مسألةٌ: رجلان قطعا يمين رجلٍ كان عليهما الأرش.

وقال الشَّافعي: يقطع يميناهما به ـ إن قطعا جملةً بضربةٍ واحدةٍ ـ، وإن قطع أحدهما من جانبٍ والآخر من جانبٍ حتَّى التقيا= لم يجب(٣).

وقال محمَّد في كتاب الإقرار: القياس أن تكون النَّفس وما دونها سواءً، فلا يؤخذ اثنان بواحدٍ؛ لكنَّا أخذنا في النَّفس بقول عمر رضي الله عنه فإنَّه قتل جماعةً بواحدٍ(٤).

---

[1] «ص» (الجميع).

(٢) انظر: «المهذب» للشيرازي (٣/١٨٨)، و«البيان» للعمراني (١١/٣٩٢).

(٣) انظر: «العزيز شرح الوجيز» (١٠/٢٠٤).

(٤) رواه مالك في الموطأ (٣٢٤٦)، وابن أبي شيبة (٢٧٦٩٣). وفي صحيح البخاري (٦٨٩٦): وقال لي ابن بشار: حدثنا يحيى، عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن غلاما قتل غيلة،=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أمَّا الشَّافعي فأخَذ طريقًا سهلًا، وهو أنَّ القصاص ينبني على المساواة على ما ذكرنا، والنَّفس الواحدة لا تساوي عشرةً؛ لا حقيقةً، ولا حكمًا ـ من حيث الحرمة والدِّية.

وكان القياس أن لا يُقتل عشرةٌ بواحدٍ إذا قتلوا واحدًا؛ كما قال محمَّد، وإنَّما يثبت شرعًا لحكمة عدمت[١] فيما نحن فيه، وهو أنَّ الجناية على ابن آدم عمدًا بغير حقٍّ ـ في العادات ـ إنَّما يكون بتغالبٍ واجتماعٍ، فالواحد يدفع الواحد عن نفسه ويقاتله، والقصاص شرعَ زاجرًا عن الجناية عليه بغير حقٍّ، فلو جعلنا الاجتماع على الواحد سببًا مانعًا من وجوب القصاص عليهم لفاتت[٢] حكمة شرع القصاص، وهو الزَّجر؛ لأنَّه لا يجب حينئذٍ، ولا جرح عمدٍ بغير[٣] حقٍّ إلَّا معه في العادات.

وهذا المعنى معدوم في الاستيفاء قصاصًا؛ لأنَّه يجب بحقٍّ، فيُستوفى منه كرهًا بقوَّة السُّلطان، فلا يحتاج صاحب الحقِّ إلى التَّغالب والاجتماع.

ولأنَّا متى لم نجعل المقتول الواحد في مقابلة عشرةٍ وغرَّمناه الدِّيات[٤] لم نُفِت حكمة زجر القصاص؛ لأنَّه وجب؛ بل ازداد عليه الزَّاجر وهو غرم المال.

ولأنَّ الشَّرع ـ في عشرةٍ قتلوا واحدًا ـ أوجب زيادةً على المثل تحصينًا

= فقال عمر: «لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم». قال الحافظ في «الفتح» (١٢/٢٠٠): «وهذا الأثر موصول إلى عمر بأصح إسناد».

[١] «أ» (عفت)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (لفات)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (وبغير)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ص» (الدية)، والمثبت من «ن».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

للدَّم، فلا يجوز أن يجعل الواحد بعشرةٍ، وفيه نقصانٌ وسببٌ لاستباحة الدَّم، فإنَّ القاتل إذا علم أنَّه لا يغرم بعد القتل الأوَّل شيئًا تجرَّأ علىٰ القتل.

ولأنَّ ما يؤخذ قصاصًا يؤخذ مثلاً عدلًا للأوَّل، والواحد من كلِّ جنسٍ لا يقابل عشرةَ أمثاله، وكيف يقابل، وهو مثلٌ للواحد منهم، ولو لم يقتل غيره لقُتل به [مثلًا له][1].

وأمَّا الجماعة إذا قتلوا رجلاً واحداً، فوجب عليهم قتل واحد[2]، فإنَّ القتل الأوَّل واحدٌ وقد حصل بهم، فلزمهم تسليم النُّفوس للقتل الواحد فيهم جملةً؛ إلَّا أنَّه لا يمكنهم إنفاذ[3] ذلك من أنفسهم أحرىٰ[4]؛ لأنَّه لا يحتمل التَّجزئة فصار الكمال هدرًا.

كمن وجب له علىٰ آخر قصاصٌ في طرفه، فاستوفاه، فمات منه= كان هدرًا؛ لأنَّه قد لزمه تسليم الطَّرف للقطع، ولا يمكنه بشرط[5] البرء عنه يقينًا.

وكما قال ـ فيمن غصب ساحةً وبنىٰ عليها ـ: إنَّه يلزمه تسليم السَّاحة للنَّقض، وإن أدَّىٰ إلىٰ نقض البناء زيادةً. وكذلك في العرصة بلا خلافٍ، فسقط اعتبار الزِّيادة بحكم الهدر. وفي مسألة المقتولين بالواحد لم يهدر شيءٌ منهم، بسبب عدوانه عليهم، وعجزه عن إيفاء عشرةٍ من القصاص.

ولا يلزم علىٰ هذا دمٌ بين اثنين عفا أحدهما، فإنَّ نصيب الآخر سقط؛ لأنَّ

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[2] «ن» (أحد).

[3] «أ» (إبقاء)، «ن» (إيفاء)، والمثبت من «ص».

[4] «أ» (أجرا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[5] «أ» «ن» (شرط)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الواجب عليه بتعدِّيه[١] قتلٌ تامٌّ، كان في وسعه تسليم النَّفس لذلك، فأصل الوجوب للقتيل[٢]، فصار عفو أحدهما كعفو القتيل ـ لو تصوَّر حيًّا[٣] وعفا عن نصف حقِّه ـ، أو كان الوارث واحدًا فعفى عن النِّصف، فثبت العجز عن استيفاء النِّصف الثَّاني بسبب عفوٍ كان منه، لا بسببٍ من قبل المتعدِّي، فلا يكون الوبال[٤] على المتعدِّي؛ بل كان على المُعافي[٥] ولم يُهدر بسببٍ كان من العافي[٦] حقَّ المتعدِّي. ولمَّا لم يهدر لم يحلَّ أخذه، ولما امتنع فيه امتنع في الباقي لما لم يحلَّ عن أخذ ما ليس بواجبٍ.

قال: والذي يوضحه: أنَّ حكم النَّفس فوق حكم الطَّرف، فإنَّه تبعٌ[٧] للنَّفس ثمَّ الطَّرف الواحد ـ في الجزاء ـ لا يعدل أطرافًا؛ فإنَّ الرَّجل إذا قطع يميني رجلين لم يكن يمينه مثلاً لهما، ففي النَّفس أَوْلى. والنَّفسان على الابتداء يساويان نفسًا، فإنَّ رجلين لو قتلا رجلاً قُتلا به، فلأن يساوي اليدان ابتداءً يدًا أَوْلى، فيقال: إذا قطع رجلان يمين رجلٍ قطعت يميناهما به.

ولا يلزم إذا وضع كلُّ واحدٍ [منهما][٨] السِّكِّين من جانبٍ ـ حتَّى أباناها[٩] ـ لا يجب القصاص، وفي النَّفس يجب؛ لأنَّ القتل بخروج الرُّوح من

[١] «ن» (بتفدية).
[٢] «أ» (للقتل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» (لو أحيا).
[٤] «ص» (تكون الزيادة).
[٥] «ص» (العافي).
[٦] «أ» (المعافى).
[٧] «أ» «ص» (بيع)، والمثبت من «ن».
[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٩] «أ» «ن» (أبانا)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

البدن، وذلك ليس بالإبانة؛ [بل][١] بآلامٍ تجتمع من القطعين [جميعًا][٢]، فصارا مشتركين في القتل.

فأمَّا القطع فإبانةٌ في نفسه، وكلُّ واحدٍ أبان طرفًا غير طرف صاحبه، فيكون قياسه من القتل أن يأخذ كلُّ واحدٍ روحًا غير روح صاحبه.

وهذا أصلٌ للشَّافعي كبيرٌ في اعتبار النَّفس والطَّرف بابًا واحدًا في باب القصاص، لمَّا لم يمنع نقص الأنوثة[٣] من جريان القصاص بين الأنفس، لم يمنع في الأطراف ـ مع السَّلامة ـ من طريق الأَوْلىٰ.

ولمَّا لم يمنع الرِّقّ من جريان القصاص بين أنفس المماليك، لم يمنع بين أطرافهم مع السَّلامة.

ولمَّا منع نقصان الرِّقّ جريان القصاص بين أطراف الأحرار والمماليك، منع في الأنفس من طريق الأَوْلىٰ.

ولمَّا قتل العبد بالحرِّ[٤] ـ علىٰ أصله ـ قطع طرفه بطرف الحرِّ أيضًا.

ولا يلزم علىٰ هذا نقصان الشَّلل، فإنَّه يمنع قطع الصَّحيحة بالشلَّاء، ولا يمنع [قتل][٥] الصَّحيح بالأشلِّ، ولا بالزَّمِن؛ لأنَّا نعني بالنَّفس أصل الآدميِّ، والشَّلل آفةٌ تحلُّ الأجزاء التي تسمَّىٰ جسمًا.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (الأبوة).

[٤] «ص» (الحر بالعبد).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ألا ترىٰ أنَّه يتصوَّر في بعضٍ منه دون بعضه، والأنوثة صفةٌ لأصله؛ لا لمحلِّ الفرج، وكذلك الرِّقّ والعتق.

قال: ولهذا لم أعتبر لجريان القصاص بين الأطراف تساويهما في الأروش[١]؛ لأنَّ الأرش مالٌ، والمعتبر من التَّساوي ما ثبت صفة للآدميِّ، والمال غيره.

ولمَّا ذكرنا أنَّ القصاص في الأطراف إنَّما يجب بقطع الأجزاء، فاعتبرت المساواة في أجزاء الصُّورة، من حيث عليه[٢] الخلقة السَّليمة، ولم يعتبر تفاوتٌ يكون بين الصُّور السَّليمة، فصارت الآفات مانعةً.

والقصاص في النَّفس يجب بأخذ الرُّوح[٣] من الصُّورة، فلا يعتبر لوجوبها سلامة الصُّور عن الآفات.

ودلَّ عليه: أنَّ القصاص أحد عوضي القتل، فلا يكون الواحد عوضًا لجماعةٍ؛ قياسًا علىٰ الدِّية. وقوله تعالىٰ: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ [البقرة: ١٧٨]، و﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، دليلٌ له، لأنَّه لم يقل بأحرارٍ، ولا نفوسٍ.

ولنا: قول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، فإنَّه لا مال في شيءٍ منها.

وقوله ﷻ: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ [البقرة: ١٧٨]، ذكرٌ لجنس الأحرار، فلا يقتضي

---

[١] «أ» (الأرش)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «ص» (غلبة).
[٣] «أ» (الزوج)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الانفراد؛ بل يتناول الواحد والجماعة.

وقال النَّبي ﷺ: «العمد قودٌ» ولم يفصِّل.

ولأنَّ العشرة لو قتلوا واحدًا قُتلوا به، فكانوا مثلًا له جزاءً لدمه، فكذلك هو إذا قتلهم، كان دمه مثلًا لدمائهم؛ لأنَّ من ضرورة كينونة دمائهم مثلًا لدمه أن يكون دمه مثلًا لدمائهم؛ لأنَّ المثل من الأسماء المشتركة لا يكون شيءٌ من الأشياء مثلًا لآخر إلَّا والآخر يكون[١] مثلًا له؛ كالأخ: لا يكون شخصٌ أخًا لآخر، إلَّا والآخر أخٌ له.

ولا يجوز أن يُقال: إنَّهم إذا قتلوا رجلًا فهم[٢] عشرة أمثاله، ويستوفون به لردِّ عليه القتل؛ لأنَّ الزِّيادة على المثل جورٌ، والجور حرامٌ عقلًا وشرعًا، وسبب التَّعدِّي لا يهدر حقَّ محترمٍ للمتعدِّي بحالٍ؛ بل يستوفي منه مثل ما تعدَّى مع قيام الحرمة؛ كما في إتلاف المال. ألا ترى أنَّ القاتل إذا قتله[٣] ظلمًا غير وليِّ القصاص عمدًا= قُتل قاتله به، وإن كان خطأً ضمن الدِّية له؛ ولكن مع قيام الحرمة يستوفيه وليُّ القصاص بحقِّه، كما لو أتلف مالًا له استوفاه المتلف عليه مع قيام حرمة مال[٤] المتلف على ما كان.

والذي دلَّ عليه أنَّ الواجب في الباب قصاصٌ، والقصاص عبارةٌ عن استيفاء الحقِّ على [سبيل][٥] المساواة للأوَّل.

---

[١] «أ» (يكون الآخر يكون)، والمثبت من «ن»، وليست في «ص».

[٢] «أ» (منهم)، و«ص» (فيهم)، والمثبت من «ن».

[٣] «ص» (قتل).

[٤] «ص» (المال).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ألا ترىٰ أنَّ الدَّينين لا يلتقيان قصاصًا، حتىٰ يكونا سواءً من كلِّ وجهٍ، ويوم القيامة يوم القصاص؛ لأنَّ أجزية العدوانات مقابلةٌ بها علىٰ المماثلة.

ولأنَّ القصاص جزاءٌ للعدوان، فلا يجب إلَّا بشرط المماثلة بنصِّ الكتاب والإجماع. فثبت أنَّ قتل العشرة بالواحد دليلٌ بيِّنٌ[1] علىٰ المساواة شرعًا، وكذلك عقلًا؛ لأنَّ القصاص ـ للعدوان في القتل ـ مقابلٌ قتلًا بقتلٍ، وحياةٌ أزهقت بحياةٍ، وقوله ﷺ: ﴿أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥]، فالنَّفس عبارةٌ عن الحياة الفائتة بالقتل. وهذا لأنَّ المقصود بالقتل ابتداءً وجزاءً إتلاف النَّفس التي بها الحياة، لا أخذ الجسم الذي هو صورة، ونفس الفعل لما فيه من شفاء الصُّدور به، من حيث إنَّه أبلغ ما تنتهي [إليه][2] العقوبات، فجعل[3] عقوبةً بعقوبةٍ.

ولما ذكرنا أنَّ قتل الآدميِّ ابتداءً عينه معصيةٌ فيقابل بالعقوبة، ويكون الواجب جزاء الفعل؛ كما في الحدود، وفيه إتلاف نفسٍ[4] محترمةٍ مضمونةٍ للآدميِّ، فيجب الجزاء في مقابلته. والجماعة إذا قتلوا واحدًا يصير كلُّ واحدٍ قاتلًا علىٰ الكمال، من حيث فعل القتل، ومن حيث إتلاف النَّفس بقتله؛ بدليلِ أنَّ فعل القتل كمل من كلِّ واحدٍ [منهم][5]؛ لأنَّ فعل القتل جرحٌ يتَّصل به زهوق الرُّوح، وذلك الجرح وُجد من الجماعة؛ كما لو كان منفردًا به، فكان الفعل كاملًا في نفسه، وزهوق الحياة[6] اتَّصل به؛ لأنَّه يضمن ضمان القتل بالإجماع من

---

[١] «أ» «ن» (بُني)، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (فجعلت)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» زيادة (بقتله).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (الروح).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الكفَّارة والقصاص، ولأنَّ المجروح صار مقتولًا، والمقتول لابدَّ له من قاتلٍ، وقد صار مقتولًا بهم جملةً.

فإمَّا أن يضاف كونه مقتولًا بهم إلىٰ كلِّ واحدٍ منهم علىٰ التَّجزي، أو علىٰ الكمال، ولا يمكن الإضافة علىٰ التَّجزي؛ لأنَّ هذا الوصف ممَّا لا يقبل التَّجزي، وزوال الحياة[١] مما لا يقبل التجزي، وكذلك الموت، وإذا لم يقبل الإضافة علىٰ التَّجزي وجبت الإضافة كملًا، لا ثالث ههنا.

ألا ترىٰ أنَّ كلَّ واحدٍ مؤاخذٌ بحكم القتل علىٰ حدةٍ، وكذلك لو حلف جماعةٌ ـ كلُّ واحدٍ بانفراده ـ أن لا يقتل زيدًا، فقتلوه جملةً= حنثوا، ولو لم يصر كلُّ واحدٍ قاتلاً كملًا لما حنثوا. كما لو حلفوا أن لا يأكل كلُّ واحدٍ هذا الرَّغيف، فأكلوه جملةً لم يحنث واحدٌ منهم.

وهذا علىٰ ما ذكرنا في ولاية المناكح أنَّها[٢] تثبت لكلِّ وليٍّ علىٰ الكمال؛ لأنَّ سبب[٣] الولاية كاملٌ لكلِّ وليٍّ من القرابة، والمستحَقُّ به إنكاح المرأة، والإنكاح[٤] لا يقبل التَّجزي، ليثبت لكلِّ واحدٍ بعض الإنكاح، فثبت لكلِّ واحدٍ كملًا؛ كما لو لم يكن معه غيره. وكذلك العلل لحكمٍ[٥] واحدٍ لا تقبل التَّجزي ثبوتًا، إذا اجتمعت أضيف ثبوته إلىٰ كلِّ علَّةٍ كملًا؛ كما لو لم يكن معها غيرها.

وإذا صار كلُّ واحدٍ قاتلًا علىٰ الكمال ابتداءً بهذه العلَّة حتَّىٰ لزمهم عشر

---

[١] «ص» (وزهوق الروح).

[٢] «أ» «ن» (أنه)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (نسب)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (والنِّكاح)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (بحكم).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

قتلاتٍ، فكذلك في الاستيفاء؛ يصير كلُّ واحدٍ مستوفيًا قتلًا كاملًا، فلا يبقىٰ له حقٌّ [في][١] القصاص، وقد أوضحناه في مسألة إنكاح الوليِّ. وكذلك الكفَّارة في الخطإ تلزم كلَّ واحدٍ ولا تجب إلَّا بالقتل الكامل.

بخلاف الدِّية؛ لأنَّها بدل التالف بإتلافه من الصُّورة الحسيَّة[٢] التي تسمَّىٰ آدميًّا، لا جزاء الإتلاف، ولا الفائت من الحياة؛ بدليل أنَّها[٣] تجب علىٰ المسبِّب[٤] الذي عدم منه مباشرة القتل. وكذلك جماعةٌ قتلوا رجلًا خطأً ضمنوا ديةً واحدةً؛ لأنَّ الآدميَّ التَّالف واحدٌ، ولأنَّ الفعل لمَّا سقط اعتباره قتلًا إيَّاه من المخطئ ـ فإنَّه قصد الصَّيد ـ بقيت العبرة للتَّالف بفعله، وبُني الأمر عليه وهو الأصل، وإنَّما ثبت ما قلناه؛ لما عليه الغرض من[٥] القتل.

وإذا كان كذلك تعدَّدت الدِّية بعدد[٦] المقتول، وقبلت التَّجزي وجوبًا علىٰ القاتلين[٧]، ولمستحقِّي الدِّية، ولمَّا لم تسقط العبرة في حقِّ الكفَّارة بدليلٍ شرعيٍّ، ووجبت في مقابلة الفعل= وجب علىٰ كلِّ واحدٍ منهم كفَّارة بعدد القتل، دون المقتول. وهذا كالطَّلاق فإنَّه إذا طلَّق الرَّجل[٨] نصف تطليقةٍ وقعت كاملةً، أو طلَّق بعض المرأة طلِّقت كلُّها؛ لأنَّ التَّطليقة والمطلَّقة لا تقبل التَّجزي في هذا الوصف.

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».
[٢] «ص» (الحية).
[٣] «أ» «ن» (أنه)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (السبب).
[٥] «أ» (مثل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» «ن» (تعدَّد)، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (وجزئت علىٰ القاتلين).
[٨] «أ» (إذا كان الرجل طلق)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وكذلك قلنا نحن: إنَّ من تزوَّج نصف امرأةٍ كان متزوِّجًا جميعها؛ لأنَّها لا تتجزَّأ في صفة النِّكاح، كما لا تتجزَّأ في صفة الطَّلاق، فيصير ذكر [ذلك][١] البعض كلًّا.

ولا يلزم عبدٌ لجماعةٍ قُتل عمدًا، فإنَّ كلَّ واحدٍ من الموالي يملك بعض القصاص، حتَّىٰ إذا عفا لم يسقط أصلًا إلَّا نصيبه. وكذلك القصاص الموروث بين[٢] جماعةٍ؛ لأنَّا إنَّما أنكرنا ثبوت القتل من القاتل بعضًا ابتداءً وجزاءً؛ لأنَّا لا نجده يتبعَّض ويتصوَّر، وفي هذه المسألة القاتل قاتلٌ علىٰ الكمال، وعليه قتلٌ كاملٌ. فأمَّا القصاص بين جماعة؛ فغير ممتنع الإضافة إليهم بالشَّركة في ملكه؛ لأنَّه باب غير القتل[٣]، ونحن لم ننكره؛ وهذا لأنَّ[٤] ثبوت الشَّركة في ملكه جملةً لا يوجب تجزي [القتل][٥] الواجب، فهو في نفسه ثابتٌ جملةً، وإنَّه كالعبد من حيث يستحقُّ اسم العبد لنفسه لا يقبل التَّجزي، ويستقيم أن يضاف إلىٰ جماعةٍ ملكًا بالشَّركة؛ لأنَّ شركتهم[٦] ملكٌ لا يوجب ـ في وجوده ـ في نفسه تجزيًا.

والشَّافعي في مسألتنا هذه يقول: إذا قتل جماعةٌ رجلًا قصاصًا بأوليائهم، فإنَّما استوفىٰ كلُّ واحدٍ [منهم][٧] بعض القتل، فثبت التَّجزي في نفس القتل

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (من).
[٣] «ص» (الفعل).
[٤] «ص» «أ» زيادة (القتل). ولعلها مقحمة من الحاشية.
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».
[٦] «ص» (شركهم).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وجودًا منهم، وإنَّه مستحيلٌ.

❊ **فإن قيل:** وقوع الحرِّيَّة من حيث يتَّصف[١] العبد بها لا يقبل التَّجزي، فإنَّ **أبا حنيفة** يجعل معتق البعض عبدًا مكاتبًا في جميع الأحكام.

ومع ذلك لو أنَّ رجلًا قال لعبده: «إذا جاء غدٌ فأنت حرٌّ عن ظهاري»، ثمَّ قال: «إذا جاء غدٌ فأنت حرٌّ عن يميني»، ثمَّ جاء غدٌ= عتق، ولم يجز عن كفَّارة، ولم يقل لما[٢] كمل سبب العتق ـ وإنَّه حكمٌ لا يقبل التَّجزي ـ وجبت الإضافة إلىٰ كلِّ سببٍ كملًا، فتتأدَّىٰ الكفَّارتان به.

❊ **قلنا:** إنَّ الزَّائل بالإعتاق من الرِّقِّ ممَّا لا يقبل التَّجزي ـ في حقِّ الشَّخص ـ في أن يعتق بعضه ويرقَّ بعضه عندنا؛ ولكن في حقِّ نفسه هو متجزئٌ؛ لأنَّ المرقوق أجزاء الشَّخص، فإذا اجتمع السَّببان في شخصٍ أضيف إلىٰ كلِّ سببٍ بعضه لَمَّا قبِل التَّجزي في نفسه إذا لم يوجب ذلك تجزُّءًا في حقِّ الشَّخص، فإنَّه عتق كلُّه. **ألا ترىٰ** أنَّ رجلين إذا ملكا أمةً، فأعتقاها= ما أعتق كلُّ واحدٍ منهما إلَّا النصف، حتَّىٰ لم يملك أحدهما التَّفرد بالإنكاح؛ لقصور السَّبب. **وفي مسألتنا:** الزَّائل بالقتل هو الحياة، وإنَّها[٣] لا تقبل التَّجزي في نفسها؛ كما لا تقبل في حقِّ الصُّورة؛ لأنَّ الحياة في نفسها ليست بعبارةٍ عن ذات أجزاءٍ، إنَّما الأجزاء للصُّورة الحيَّة، فإذا لم تقبل التَّجزي ـ في حقِّ الصُّورة[٤] ـ لم يبق لها تجزٍّ بوجهٍ. وأشبه القتلُ ولايةَ الإنكاح، فإنَّ العقد في نفسه لا يقبل التَّجزي،

---

[١] «أ» «ن» (تنصف)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (لا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (وإنما)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» (الصلوة)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

وكذلك ما يُستحقُّ بالنِّكاح من شخص المرأة لا تقبل التَّجزي، فإذا كمُل سبب الاستحقاق لكلِّ وليٍّ استحقَّه كملًا؛ كما لو لم يكن معه غيره.

دلَّ عليه أنَّ المقصود الذي فيه الحكمة من القصاص حياة الوليِّ؛ بانعدام شرِّ القاتل ـ بأن قُتل ـ، وشفاء الوليِّ صدره بأن جعله مقتولًا، وعاقبه به، وهذا المقصود لا يتبعَّض بمشاركة الآخر معه في قتله، لا في حقِّه، ولا في حقِّ المقتول.

❁ فإن قيل: لو أنَّ رجلين تزوَّجا امرأةً واحدةً، كلُّ واحدٍ [منهما][١] بوليٍّ على حدةٍ، وخرج العقدان معًا= لم يصحَّ، وقد كمل السَّبب لكل شخص، والنِّكاح مما لا يقبل التجزي، لا في نفسه[٢]، ولا في حقِّ المرأة.

❁ قلنا: إنَّما لم يجز لعدم شرط النِّكاح، فمن شرط النِّكاح أن تكون المرأة فارغةً عن نكاحٍ آخر، ولو ثبتا[٣] لثبت كلُّ نكاحٍ ـ مع الشُّغل ـ بنكاحٍ آخر.

فأمَّا القصاص، فليس من شرطه الفراغ عن قصاصٍ آخر، فإنَّ رجلًا عليه القصاص ـ لو قتل آخر عمدًا ـ لزمه قصاصٌ آخر؛ كما للأوَّل، ولو أبرأ الأوَّل كان حقُّ الثَّاني في القصاص كملًا، بلا خلافٍ، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (في حقه).

[٣] «أ» (أثبتنا)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْلٌ

والقصاص في النَّفس بخلاف القصاص في الطَّرف، فإنَّا أجمعنا أنَّ من قطع يميني رجلين لم يكن يمينه مثلًا لهما جزاءً؛ بل كان بعضًا[١]، فكذلك رجلان قطعا يمين رجلٍ لم يكن يمينه مثلًا لهما، ولا يميناهما مثلًا ليمينه؛ بل [يكون][٢] ضعفًا.

وقد ذكرنا أنَّ المساواة معتبرةٌ، وهذا لمعنى معقولٍ، وهو أنَّ في القصاص مقابلة فعلٍ بفعلٍ، مع مقابلة الفائت بالفائت أيضًا، والفعل فيما دون النَّفس قطعٌ، وإنَّه اسْم لما يفصل بعض الأجزاء المتَّصلة عن بعضٍ، حتَّى أطلق على قطع الحَبْل والثَّوب.

ولمَّا كان محلُّ القطع الأجزاء[٣] قبل التَّجزي في نفسه، فإذا حصل القطع بضرب اثنين وجب إضافة الانفصال إليهما، ولما وجبت الإضافة [إليهما][٤] ـ وهو ممَّا يقبل التَّجزي ـ ثبت مشتركًا كذلك، لكلٍّ بعضٌ؛ كعبد يضاف إلى شخصين.

وكما لو ضرب أحدهما من جانبٍ والآخر من جانبٍ، واتَّصل القطعان[٥] حتَّى سقطت اليد، فإنَّه لا قصاص عليهما، ولا يجعل كلُّ واحدٍ قاطعًا على

[١] «ص» (نصفا).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (الآخر).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».
[٥] «ص» (في اتصال القطع).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الكمال لتجزٍّ ثبت[١] مشاهدةً. فكذلك إذا ضرباه بسيفٍ واحدٍ؛ لأنَّ الانفصال بالقوَّة والقوَّة منهما[٢]، إلَّا أنَّ هذا قطعٌ مشتركٌ بينهما على الشُّيوع، وذلك على التَّفرق، والنَّصيب الشَّائع ـ فيما يقبل التَّبعُّض[٣] ـ بعضٌ؛ كالمجتمع. ألا ترى أنَّه متى آل الأمر إلى إيجاب الأرش وجب البعض على كلِّ واحدٍ؛ كما لو قطع كلَّ واحدٍ [منهما][٤] جانبًا على حدةٍ. ألا ترى أنَّ جماعةً لو حلف كلُّ واحدٍ أن لا يقطع هذا اليد، فقطعوها[٥] جملةً= لم يحنث واحدٌ منهم.

ولأنَّ المقصود من قطع الطَّرف إفاتة الطَّرف عن الصُّورة، لا إزالة الحياة؛ فالحياة كلُّها باقيةٌ للصُّورة بعد إبانة[٦] الطَّرف حقيقةً، وحكمًا، فوجب اعتبار المساواة بين الفائت والذي يستوفي؛ كما في إتلاف الأموال. والاثنان لا يكون مثلًا للواحد بحالٍ لا جزاءً ولا ابتداءً. ألا ترى أنَّه لا تقطع اليد الكاملة[٧] الأصابع بالناقصة[٨] قصاصًا؛ لأنَّ الكامل الأطراف[٩] فوق النَّاقص. وكذلك اليد الصَّحيحة بالشلَّاء، فلمَّا كانت الزِّيادة ـ من حيث الوصف فيما يتمُّ به صورة اليد، ومنفعة بطشها ـ مانعةً من القصاص، فالزِّيادة من حيث عدد الصُّورة أولى.

وقولهم ـ في رجلين قطعا يمين رجل كلَّ واحدٍ بضربةٍ في جانب على

[١] «أ» «ن» (بينه)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (فيهما)، والمثبت من «ن».
[٣] «ص» (مما... التبعيض).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» «ن» (فتطعوه)، والمثبت من «ص».
[٦] «أ» (إزالة)، والمثبت من «ن» وليست في «ص».
[٧] «أ» «ن» (الكامل)، والمثبت من «ص».
[٨] «أ» «ن» (بالنَّاقص)، والمثبت من «ص».
[٩] «ص» (بالأطراف).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

حدةٍ ـ: أن لا قصاص عليهما، يبطل قولهما[١] إنَّ القصاص أوجب[٢] زائدًا جزاءً على التَّعدِّي؛ لأنَّه مبنيٌّ على الغلبة، فأوجب على الجماعة زجرًا لهم عن الاجتماع على القطع والقتل، فإنَّ العادة الغالبة ـ في مثله ـ الضَّرب على التَّفرق كلٌّ واحدٍ بسيفٍ على حدةٍ، ليس على الاجتماع على ضربٍ واحدٍ بسيفٍ واحدٍ. فلمَّا لم يوجب القصاص حيث جرت العادة ـ وأوجب حيث لا عادة ـ بطل كلامه ذلك، وعُلم أنَّ الزِّيادة جورٌ لا يصار إليه، وإنَّما يجب فيما يجب بشرط[٣] المساواة، فإنَّهما إذا ضربا بسيفٍ واحدٍ، وحصل القطع جملةً= أضيف إليهما على السَّواء، فوجب القصاص. وإذا ضربا من جانبين فلا يدرى كم قطع من الأجزاء كلٌّ واحدٍ منهما= فامتنع، ولمَّا امتنع لإشكال في مقدار الأجزاء، فلأن يمتنع إذا عُلم بالزِّيادة يقينًا أولى.

ولهذا قال أصحابنا: إنَّ القصاص لا يجري بين الأطراف حتَّى تكون أروشها سواءً في أصل الخلقة شرعًا؛ لأنَّه لما وجب اعتبار المساواة في أجزاء المأخوذ قصاصًا بالفائت، من حيث يعرف به تمام اليد صورة، وكذلك المعنى من حيث البطش، لو فات لم يكن سواءً للكامل= علم[٤] أنَّه معتبر بالمال[٥] حيث وجبت[٦] المقابلة بالفائت من العين، ولمَّا صار معتبرًا به وجب الاعتبار به في تساوي القيم بالمال؛ كما في المال.

---

[١] «أ» «ن» (عليهما)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (أحد).

[٣] «أ» «ن» (ما يجب على)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (على).

[٥] «ص» (بالمثل).

[٦] «أ» «ن» (وجب)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهذا لأنَّ القيمة تخلفه عند فواته، وتقوم مقامه، فكان أقرب إلىٰ الصُّورة من معنىٰ البطش الذي هو وصفٌ لا يبقىٰ بنفسه، والتقوُّم وصفٌ إذا انفصل قام بنفسه.

ولأنَّ خلَف الشَّيء شرعًا جزاء عدوان مثل له لا محالة، ثمَّ المساواة معتبرةٌ في أجزاء الأصل خلقةً بما ينتهي إليه تمام صورة اليد، فكذلك تعتبر في البدل، ولا تساوي بين أطراف النِّساء والرِّجال، فلا يجري بينهما قصاصٌ، وكذلك بين أطراف العبيد، وبين العبيد والأحرار.

بخلاف الشلَّاء فإنَّها تقطع بالصَّحيحة؛ لأنَّ الأرش في الأصل سواءٌ يوجب القصاص؛ ولكن انتقص بالشَّلل فكان صاحبه بالخيار إن شاء رضي بالنَّاقص ـ لما له من حقِّ إبراء الكلِّ ـ وإن شاء لم يرض به.

بخلاف الصَّحيحة بالشلَّاء؛ لأنَّ الصَّحيحة أزيد، وليس له حقُّ البدل في الزِّيادة، فامتنع الوجوب.

بخلاف الأنفس لأنَّ أجزاء الشَّخص لم يعتبر فيها التَّساوي، فكذلك بدلها.

ولأنَّ المقابلة قصاصًا في النَّفس بين فعل القتل والقتل، وبين الفائت بالقتل من الحياة دون الصُّورة، ولا أجزاء للحياة ولا قيمة، فالدِّية تجب بدلًا عن الصُّورة الحيَّة التي استحقَّت اسم الآدميِّ علىٰ ما مرَّ.

وعن عليٍّ ﷺ: «لا تقطع اليدان بيدٍ واحدةٍ»[1]. ورُوي عنه: أنَّ شاهدين شهدا علىٰ رجلٍ بسرقةٍ عنده، فقطع يده، ثمَّ أتيَ بآخر فقالا: أوهمنا، إنَّما السَّارق

(١) لم أقف عليه.

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

هذا، فقال: «لا أصدقكما عليه، ولو علمت أنّكما تعمّدتمًا لقطعت أيديكما»(١).

فدلّ ظاهر هذا الكلام على أنّ يدي الشّاهدين تقطعان بيد السّارق متى أقرّا بالعمد.

والجواب عنه أنّ عليًّا رضي الله عنه أراد به التّهديد، دون التّحقيق؛ بدليل ما روينا عنه.

ويجوز التّهديد بما [لا يتكون إذا علّق بشرطٍ لا يتكون؛ لأنّ المعلّق بالشّرط لا يتكون قبل الشّرط، فيكون التّعليق بشرط][٢] لا يتكون إبطالًا؛ كالتّعليق بالمشيئة؛ لأنّا لا نقف عليها. وإنّه كقول الله تعالى حكايةً عن إبراهيم: ﴿بَلْ فَعَلَهُۥ كَبِيرُهُمْ هَٰذَا فَسْـَٔلُوهُمْ إِن كَانُوا۟ يَنطِقُونَ﴾ [الأنبياء: ٦٣] لمّا علّق قوله: ﴿بَلْ فَعَلَهُۥ كَبِيرُهُمْ﴾ فشرط[٣] نطقهم[٤] والشّرط غير متكوّن لم يكن ما مضى إخبارًا عن فعله، ولا كذبًا، وكان استدراجًا إلى المناظرة والتّأمل ليُظهر لهم بذلك عجزها[٥] في نفسها وعدم جواز أن تكون آلهة[٦].

(١) رواه عبد الرزاق (١٨٤٦٠)، وابن أبي شيبة (٢٧٨٩١)، والدارقطني (٣٣٩٤)، زاد عبد الرزاق وابن أبي شيبة: «وأغرمهما دية يده». وهذا الأثر رواه البخاري (٨/٩) ولفظه: وقال مطرف، عن الشعبي «في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطعه علي، ثم جاءا بآخر فقالا: أخطأنا. فأبطل شهادتهما فأخذ بدية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما». قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٦٣/٤): «وإسناده صحيح». وانظر: «البدر المنير» (٣٩٥/٨).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (بشرط)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (تعلقهم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» «ن» (عجزهم)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (إلهًا)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ
في كيفية القصاص

|١٣١٦| مسألةٌ: قال علماؤنا: لا قصاص إلَّا بالسَّيف بحزِّ الرَّقبة.

وقال الشَّافعي[١]: يراعى جهة القتل الأوَّل، فإن كان الأوَّل قتله بقطع اليد قطعت يد القاتل، فإن مات [عنه][٢] في تلك المدَّة، وإلَّا حزَّت رقبته، وكذلك إذا أحرق الأوَّل بالنَّار أحرق الثَّاني، فإن مات في مثل تلك المدة؛ وإلَّا حزَّت رقبته.

واحتجَّ: بما رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «من أحرق حرَّقناه، ومن أغرق غرَّقناه»[٣].

ورُوي: أنَّ يهوديًّا رضخ رأس صبيَّةٍ بالحجارة فقتلها، فأمر النَّبي ﷺ أن يرضخ رأس اليهودي بالحجارة[٤].

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٦/٦٦).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن».

(٣) رواه البيهقي في «سننه الصغير» (٢٩٦٧) من حديث بشر بن حازم، عن عمران (بن نوفل) بن يزيد بن البراء، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «من عرض عرضنا له، ومن حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه». وقال في «معرفة السنن والآثار» (١٢/٤١٠): «في هذا الإسناد بعض من يجهل». وقال ابن الجوزي في «التحقيق في مسائل الخلاف» (٢/٣١٧): «وهذا لا يثبت عن رسول الله ﷺ إنما قاله زياد في خطبته». وانظر: «تنقيح التحقيق» للذهبي (٢/٢٣٥)، و«نصب الراية» (٤/٣٤٤)، و«البدر المنير» (٨/٣٨٩).

(٤) رواه البخاري (٢٤١٣)، ومسلم (١٦٧٢)، من حديث أنس ﵁ ـ ولفظ البخاري ـ: أن يهوديا رض رأس جارية بين حجرين، فقيل لها: من فعل بك، أفلان أو فلان، حتى سمي اليهودي،=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

قال: ولأنَّ القصاص مبنيٌّ علىٰ المساواة، وهو جزاء الفعل، والأوَّل كان قتلًا بقطع اليد أو بالنَّار، فيقتل الثَّاني كذلك ما أمكن، والإمكان غير مرتفعٍ للابتداء؛ لجواز أن يموت الثَّاني بهذا السَّبب في مثل تلك المدَّة، فإذا لم يمت ارتفع الإمكان، فأخذ[١] بمطلق القتل، وهو حزُّ الرَّقبة، ولم يوجب حزُّ الرَّقبة من غير إضافة الموت إلىٰ القطع إذا كانا من واحدٍ؛ بل كان تتميمًا لحكم القطع. ألا ترىٰ أنَّه لو قطع ثمَّ قتل خطأً قبل البُرء لم يجب إلَّا ديةٌ واحدةٌ.

وألا ترىٰ أنَّ أبا يوسف ومحمدًا يقولان ـ فيمن قطع يد رجلٍ، ثمَّ حزَّ رقبته ـ: إنَّ القاتل تحزُّ رقبته، ولا يقطع؛ كأنَّ[٢] الأوَّل مات بالقطع، [ولو][٣] اعتبر بأكثر[٤] لوجب قصاصان، أو ديةٌ ونصف في الخطإ.

ولعلمائنا: ما روي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «لا قود إلَّا بالسَّيف»(٥).

والقود: اسم لقتل هو جزاء القتل؛ كالقصاص، إلَّا أن القود خاص في جزاء

= فأومأت برأسها، فجيء به، فلم يزل حتىٰ اعترف، «فأمر النبي ﷺ فرض رأسه بالحجارة».

[١] «ص» (فأمر).

[٢] «أ» (لأن).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (بالبُرء)، والمثبت من «ص».

(٥) رواه ابن ماجه (٢٦٦٧) والبيهقي في «الكبرىٰ» (١٦٠٨٨) من طريق جابر الجعفي، عن أبي عازب، عن النعمان بن بشير، أن رسول الله ﷺ قال: «لا قود إلا بالسيف». ولفظ البيهقي: «لا قود إلا بحديدة».

والحديث علته جابر الجعفي. قال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٢/٨٠): «ضعيف لا يحتج به واختلف عليه في لفظه» ثم قال: «وروي من أوجه أخر كلها ضعيف». وقال في «السنن الكبرىٰ» (٨/١١١): «وهذا الحديث لم يثبت له إسناد». وانظر: «مجمع الزوائد» (٦/٢٩١)، و«البدر المنير» (٨/٣٩٠).

CamScanner

القتل، والقصاص عام، فصار كأنَّه قال: لا قتل قصاصًا إلَّا بالسَّيف.

❁ فإن قيل: يحتمل أنَّه أراد: لا قود يجب إلَّا بالسَّيف.

❁ قلنا: والقود عبارةٌ عن فعل القتل[١] على سبيل المجازاة، دون ما يجب شرعًا، وإن حُمل عليه كان مجازًا؛ كنفس القتل عبارةٌ عن الفعل حقيقةً، لا عن الواجب.

ولأنَّ القود قد يجب بغير السَّيف، وإنَّما السَّيف مخصوصٌ للاستيفاء. و[قد][٢] قال رسول الله ﷺ: «لا تعذِّبوا أحدًا بعذاب الله»، وقال: «لا يعذِّب بالنَّار إلَّا ربُّها»(٣). والنَّص يعمُّ بعموم اللَّفظ، ولا يقصر على سبب الخروج.

والمعنى في المسألة: أنَّ الأوَّل[٤] تعدَّ بجرحٍ قاتلٍ، فيجب عليه مثله، لما ذكرنا أنَّ الواجب هو المثل، والقطع لا يتَّصف[٥] بهذا[٦] الوصف إلَّا بشرط السِّراية، ولا يدري أيسري أم لا، وأمَّا الذَّبح فجرحٌ قاتل لا محالة.

❁ فإن قيل: الأوَّل أتى بقطعٍ في اليد فيجب عليه في [مثل][٧] ذلك المحلِّ

---

[١] «أ» (القود)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٣) رواه البخاري (٢٩٥٤) عن أبي هريرة ﷺ، أنه قال: بعثنا رسول الله ﷺ في بعث وقال لنا: «إن لقيتم فلانا وفلانا ـ لرجلين من قريش سماهما ـ فحرقوهما بالنار» قال: ثم أتيناه نودعه حين أردنا الخروج، فقال: «إني كنت أمرتكم أن تحرقوا فلانا وفلانا بالنار، وإن النار لا يعذب بها إلا الله، فإن أخذتموهما فاقتلوهما».

[٤] «أ» «ن» (الأولى)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (يتصور)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (بمثل هذا).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ليكون مثلًا للأوَّل من حيث المحلِّ ابتداءً وما فيه زوال صفة القتل انتهاءً؛ لأنَّه ربَّما يموت منه، وإن لم يمت قُرن بآخر فيموت منهما، فلا يصير بالموت[1] مقطوعًا عن الأوَّل ما لم يبرأ عنه على ما قلناه.

۞ قلنا: لمَّا صار الواجب قتلًا صار مستحقًّا في محلِّه وهو الذَّبح؛ لأنَّ الفعل[2] لا يستحقُّ في غير محلِّه، واليد ليست بمحلٍّ له إلَّا بشرط السِّراية، أو ذبح يقرن به، ولا يدري أيسري أم لا.

فلا يثبت محلًّا بناءً على الشَّرط وفيه شكٌّ، ولا على الذَّبح بعده؛ لأنَّ أكثر ما في الباب أن لا ينقطع الموت عن الجرح الأوَّل ويصيران جملةً سببًا للموت؛ لا[3] كلُّ واحدٍ منهما على ما ذكر. فيبقى الحكم مضافًا إلى آخرهما وجودًا فيبقى الأوَّل غير مضافٍ إليه الموت على الوجهين جميعًا إلَّا أن يموت منه، وفيه شكٌّ فلا يصير مثلًا[4] بالشكِّ؛ فلا يمكن منه؛ بل يؤدِّي إلى الزِّيادة، وذلك حرامٌ.

فالخصم اعتبر محلَّ الفعل، ونحن اعتبرنا صفة الفعل وحكم القصاص متعلِّقٌ بصفة الفعل دون المحلِّ، فالمحلُّ شرط الفعل والصِّفة بها يتعلَّق وجود الفعل، فكان ما ذهبنا إليه أولى.

ولأنَّه يُراعي مساواةً توقِعه في زيادةٍ وهي ظلمٌ غير مشروعٍ، ونحن ألغيناها وراعينا مساواةً فيها تيسير، والتَّيسير مشروعٌ في استيفاء الحقوق.

---

[1] «أ» «ن» (الموت)، والمثبت من «ص».

[2] «ص» (القتل).

[3] «ص» (لأن).

[4] «أ» «ن» (قتلًا)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

❁ فإن قيل: ولِمَ أسقطتَ حُرمة مذبح القاتل بغير سببٍ؟

❁ قلنا: كما أسقطته أنت إذا لم يمت بالقطع في مثل مدَّة الأوَّل، وهذا لأنَّه جاء بتعدٍّ [إلىٰ][1] القتل حتَّىٰ لزمه القتل فسقط بتعدِّيه حرمة محلِّ القتل وهو المذبح.

ولأنَّا ذكرنا أنَّ الواجب في باب النَّفس مساواةٌ في إراقة الدِّماء، وأخذ الأرواح، لا في أجزاء البدن، وفي اعتبار المحلِّ اعتبار المساواة في أجزاء البدن، لا في أخذ الأرواح، فثبت أنَّ اعتبار محلِّ الجرح لغوٌ في هذا الباب.

وأمَّا الجواب عن احتجاجه بالحديث: فإنَّه غريب، أو كان في بدء الإسلام ثمَّ تُرك بما روينا كما نسخت المثلة.

ألا ترىٰ أنَّه أوجب بالإحراق مطلق الإحراق، وعند الخصم إذا لم يمت في مثل مدَّة الأوَّل حُزَّت رقبته، أو قاله مبيِّنًا حكم السِّياسة فيمن اعتاد ذلك لا حكم القصاص.

ألا ترىٰ أنَّه أضاف الفعل إلىٰ نفسه، واستيفاء القود للوليِّ دون الإمام.

وأمَّا حديث اليهوديِّ، فقد روي أنَّ الصَّبية أدركت وبها رمقٌ، فقيل لها: أقتلك فلانٌ اليهودي؟ فأشارت برأسها أي نعم، فأمر النَّبي ﷺ بقتل اليهودي، وبإشارتها لا يجب القصاص، فعُلم أن اليهودي كان مشهورًا به، وأيس عن توبته عن ذلك فأمر بالقتل سياسةً بما ظهر من سعيه بالفساد، لا بذلك القتل قودًا.

وقد روىٰ أبو جعفر الطَّحاوي أنَّ النَّبي ﷺ أمر باليهوديِّ فرجم والرَّجم لا

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يجب قصاصًا عن رضخ الرَّأس بالحجارة، والله أعلم.

|١٣١٧| **مسألةٌ**: إذا قطع رجلٌ يد رجلٍ عمدًا ثمَّ قتله عمدًا قبل بُرء اليد قطعت يده ثمَّ قُتل عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: يُقتل ولا تقطع يده.

لأنَّ القطع متىٰ صار نفسًا سقط حكم القطع في نفسه، وصارت العبرة للقتل كما إذا سرىٰ إلىٰ النَّفس من غير تجدُّد قتلٍ، وقد صار القطع نفسًا فيما نحن فيه، كأنَّه سرىٰ إليها[١] بلا قتلٍ جديدٍ، بدلالة أنَّ القتل الثَّاني حكمه حكم سراية القطع[٢] بعينه، وإذا كان حكمه حكم تلك السِّراية بعينها[٣] ولم يتَّصل بالقطع بُرءٌ يُسقط حكم سرايته[٤] لم يسقط بالقتل الذي حُكمه مثل حُكمه؛ بل تأكد به، وكان بمنزلة توالي العلل بحكمٍ واحدٍ، ومستحقٍّ واحدٍ. ألا ترىٰ أنَّ القتل مثل[٥] القطع[٦] لو كانا خطأً وجبت به ديةٌ واحدةٌ، كما لو سرىٰ القطع إلىٰ النَّفس بلا[٧] قتلٍ بعده.

بخلاف ما إذا كان القتل من رجلٍ آخر لأنَّ حكم هذا القتل غير حكم سراية القطع، بدلالةِ اختلاف من يجب عليه القصاص ولما اختلف[٨] لم يكن مؤكِّدًا

---

[١] «أ» «ن» (إليه)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (القتل).

[٣] «أ» «ن» (حكم السراية بعينه)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (سرايتها).

[٥] «ص» (مع).

[٦] «أ» (القطع مثل القتل).

[٧] «أ» (فلا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] «أ» «ن» (اختلفت)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

للأوَّل؛ بل كان سببًا غيره فثبتت[١] المعارضة بينهما، والقتل موجبٌ للموت لا محالة، والقطع غير موجبٍ، فسقط اعتبار القطع بالقتل بحكم قوَّته، ورجحانه عليه.

وبخلاف[٢] ما إذا كان القطع خطأً والقتل عمدًا لأنَّ الحكم مختلفٌ كذلك.

وبخلاف ما إذا اتَّصل البُرء بينهما؛ لأنَّ حكم القطع يخالف حكم القتل إذا اتَّصل به البُرء ولا يجوز بحال إضافة الموت إليه.

ألا ترىٰ أنَّه لو كانا خطأً كيف يجب ديةٌ ونصف؛ كما لو حلَّ بشخصين[٣]، فكذلك العمد.

ولأبي حنيفة ـ ما قلنا ـ: إنَّ القصاص ما يبتنىٰ علىٰ المساواة فعلًا بفعلٍ، حتَّىٰ قُتل نفوسٌ[٤] بنفسٍ لتعدُّد أفعال القتل في نفسٍ واحدةٍ، والأوَّل قتلَ بقطعٍ وحزِّ رقبته، والاستيفاء منه ممكنٌ بقطعٍ وحزٍّ مثلًا بمثلٍ، فيجب كذلك، ولا يمنع منه.

بخلاف الخطإ، فإنَّ الواجب فيه بدل الفائت؛ لا بدل الفعل[٥]، والفائت نفسٌ واحدةٌ. ألا ترىٰ أنَّ جماعةً لو قتلوا رجلًا واحدًا خطأً لم يجب إلَّا ديةٌ واحدةٌ، وقد تعدَّد فعل القتل؛ لأنَّ المقتول واحدٌ.

---

[١] «ص» (فبقيت).

[٢] «أ» (والخلاف)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (شخص)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (نفس).

[٥] «ص» (المنفعة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

❁ فإن قيل: يبطل بمن قطع إصبع رجلٍ، ثمَّ الكفَّ قبل البرء، فإنَّه يلزمه قصاصٌ في الكفِّ، دون الإصبع، وقد أزال[١] كفَّه بفعلين.

❁ قلنا: لأنَّ[٢] الجمع بينهما غير ممكنٍ؛ لأنَّا متىٰ فصلنا قطع الكفِّ من الأوَّل عن الإصبع لم يجب القصاص، فإنَّها قطعت، وهي ناقصة الطَّرف، وكفُّ القاطع كاملةٌ، فاعتُبرت[٣] لهذه الضَّرورة بجنايةٍ[٤] واحدةٍ، وإن كان فيه لغو الإصبع؛ لأنَّها أهون من الكفِّ.

ولأنَّ الطَّرف في القصاص لا يصير أعدادًا بأعداد فعل القطع؛ كجماعةٍ قطعوا يدًا واحدةً، فكذلك إذا جاء عدد القطع من واحدٍ، بخلاف النَّفس.

ولهما: أنَّ المقصود في الباب القتل، وإنَّه [غير متعدِّد حقيقةً ولا حكمًا ابتداءً واستيفاءً، فسقط اعتبار عددٍ][٥] بدون عدد قتلٍ[٦].

مسائلُ ثلاثٌ علىٰ أصلٍ واحدٍ:

منها: رجلٌ اقتصَّ من رجلٍ يده، فمات منه= ضمن عند أبي حنيفة الدِّية.

وعندهما والشَّافعي(٧): لا يضمن.

لأنَّه قطعٌ بحقٍّ، فلا يجب به ضمان التَّعدي؛ قياسًا علىٰ قطع الإمام

---

[١] «أ» (زال)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (إن).

[٣] «أ» (فاعتبر)، «ن» (فاعتبرا)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (بحياة).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (لقتل).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير» (١٢/١٢٥)، و«نهاية المطلب» (١٦/١٦٣).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يد السَّارق.

وقياسًا على ما إذا لم يسر.

وقياسًا على الختان والبزَّاغ(١) إذا مات منه المجروح.

وهذا لا شكَّ فيه؛ لأنَّ الحقَّ ضدَّ التَّعدِّي، فلا يجب به ضمانه، وإنَّما الإشكال في أنَّه حقٌّ.

والدَّليل عليه: أنَّ حقَّه قطع يدٍ من موضعٍ بعينه، وقد أتى به.

ألا ترى أنَّه لو لم يسر كان حقًّا، وبالسِّراية لم يتغيَّر قطع تلك اليد حقيقةً، ولا زواله عن أصله؛ بل زال به شيءٌ آخرُ، وهو الرُّوح.

وكذلك من طريق الحكم في مسألتنا هذه؛ لأنَّ بدن من عليه الحقُّ صار في حكم بدنين في حقِّ[٢] القطع من حيث صفة العدوان؛ لأنَّه متى حلَّ باليد كان حقًّا إذا اقتصر عليه لا محالة، وبموضعٍ آخرَ يكون عدوانًا، فيصير ما يحلُّ بمحلِّ الحقيَّة[٣] غير الذي يحلُّ بمحلٍّ آخرَ؛ لأنَّ معنى الفعل واسمه يختلف باختلاف محلِّه.

ألا ترى أنَّ قطعًا من الجملة يسمَّى جدعًا، والآخر يسمَّى فقأً، وإذا كان كذلك اقتصر حكم كلِّ فعلٍ في محلِّه لعدم تصوُّره في غيره، وإذا اقتصر عليه

---

(١) البزَّاغ للدوابِّ: هو الذي يسيِّل دماءها، يقال: «بَزَغ البيطار الدابة» إذا شقها بالمبزاغ، وهو مثل مشرط الحجام. انظر: «البناية شرح الهداية (١٠/٣١٨)، و«طلبة الطلبة» (ص: ١٦٧)، و«المطلع على ألفاظ المقنع» (ص: ٣٢٠).

[٢] «ص» (حكم).

[٣] «ص» (الحقيقة).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

حكمًا صار بمنزلة ما لو اقتصر حقيقةً بالبرء، فيكون حقًّا.

وكذلك المفارقة حاصلةٌ باسم المستوفى، فإنَّ الذي في محلِّه جزاءً، وفي غير محلِّه[١] ابتداءً تعدٍّ، والجزاء غير الابتداء حكمًا، فالجزاء إيفاءٌ وقضاءٌ للحقِّ وإسقاطٌ، والابتداء إيجابٌ، فسقط حكم قطع الجزاء في محلِّه، فلا يبقى له عبرةٌ في حقِّ الضَّمان؛ كما لو حصل بإذنٍ، وإذا سقط لم يتغيَّر حكم الضَّمان بالسِّراية، وصار في حقِّه كأنَّه لم يسر.

ولأنَّ محلَّ القصاص جعل[٢] في حكم المملوك له، فيقع فعله في حكم فعل رجلٍ آخرَ بقطع عضوه[٣]، فلا يقع مضمونًا عليه، والسِّراية تبعٌ للابتداء في الضَّمان، فلا يقع مضمونًا، فيصير في حقِّ الضَّمان كأنَّه لم يسر ونظيره ما قلناه: من قطع الإمام يد السَّارق، فإنَّه إقامةٌ للحدِّ سرى أو لم يسر، ويصير كأنَّه لم يسر في الحالين.

إذ لو لم يجعل وسرى، وصار قتلًا من أصله، فيصير الحدُّ غير مقامٍ، فإنَّه ليس بقتلٍ[٤] ضمن الإمام أو لم يضمن، وبالإجماع يكون الحدُّ غير مقامٍ.

فعلمنا أنَّه بقي قطعًا كذلك، إمَّا لاعتبار حقيقته، وإمَّا لاختلاف المحلِّ من بدنه، فبعضه محلُّ استيفاء الحقِّ منه، وبعضه لا، وبعضه ساقط الحرمة، وهو ما وجب فيه الحدُّ، وبعضه لا؛ ولأنَّ بعض القطع[٥] جزاءً، وبعضه لا.

---

[١] «ص» (غيره).
[٢] «ص» (صار).
[٣] «ص» (عضو).
[٤] «أ» (يقبل)، والمثبت من «ن».
[٥] «ص» (الطرف).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وكذلك البزغ، لا يصير قتلًا. بدلالة أنَّه يستحقُّ الآخر[١]، ولو صار سببًا[٢] آخر لما وجب. فعلمت أنَّه بقي بزغًا وازداد القتل، وإنَّما بقي كذلك بزغًا حقيقةً لما ذكرنا، وحكمًا لاختلاف المحلِّ حكمًا، فإنَّ بعضه محلُّ القطع للشِّفاء وبعضه للهلاك، وبعضه مصلحةٌ، وبعضه مفسدةٌ، وبعض الجرح[٣] إصلاحٌ [معنًى][٤]، وبعضه إفسادٌ معنًى.

ونظيره: رجلٌ أوقد ناراً في ملكه، فسرت إلى غيره، فأحرقته[٥] = لا يضمن، وكذلك الماء إذا جمعه في أرض نفسه، ثمَّ تعدَّى إلى أرض غيره فأفسد= لا يضمن.

ولا يلزم على هذا عمل الأجير المشترك، فإنَّه يقع مضمونًا إذا سرى إلى فسادٍ؛ لأنَّ الفاسد منه غير حقٍّ.

وبيانه أنَّه باع[٦] عمله، فيدخل تحته عملٌ سليمٌ عن العيب؛ كبيع العين بدراهم يقتضي[٧] دراهم سليمةً عن عيب الزِّيافة. والدقُّ[٨] المخرّق معيبٌ؛ لأنَّ الخرق إنَّما يقع بخللٍ كان في عمله، لا بسراية حكم العمل من غير خللٍ، وذلك الخلل عيبٌ.

---

[١] كذا في الأصول ولعلها: الأجر. كما سيأتي في كلامه.
[٢] «ص» (شيئا).
[٣] «ص» (الخراج).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» «ن» (فأحرقت)، والمثبت من «ص».
[٦] «ن» «ص» (بائع).
[٧] «أ» «ن» (يقبض)، والمثبت من «ص».
[٨] «ص» (الرق).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

❁ فإن قيل: إذا استوفىٰ الزُّيوف صحَّ الاستيفاء، ولا يكون قابضًا غير حقِّه.

❁ قلنا: علىٰ اعتبار الرِّضا به= حقُّه، لأنَّ الزِّيافة عيبٌ يسقط. ألا ترىٰ أنَّه متىٰ لم يرض به. وقال: «وجدته زائفًا»، وأنكر القاضي[١] وقال: «قضيت[٢] جيادًا» = كان القول قول القابض استحسانًا؛ لأنَّه ينكر قبض حقِّه لمَّا قال: قبضت زيوفًا، ولم أقبض الجياد. ولو جعلت حقَّه ثمَّ[٣] الرَّدَّ بالعيب لم يصدق إلَّا بالبيِّنة، وكان القول قول الآخر؛ كالمشتري إذا ادَّعىٰ عيبًا بالمبيع، وأنكر الآخر، فصار عروض دقِّ الأجير إذا خَرق، وهو غير ما دخل تحت العقد إذا لم يرض به صاحبه من مسألتنا أنْ لو أخطأ تدبير القطع، فأصاب ما ليس له إصابته بمباشرته، وإنَّه يقع مضمونًا؛ لأنَّه ليس له ذلك. وكان كمن رمىٰ صيدًا فأصاب مالًا ضمن؛ لأنَّ حقَّ الغير فات بعمله؛ لأنَّ عمل السَّهم مضافٌ إليه ـ علىٰ ما عرف ـ؛ بمنزلة ما لو كان في يده فرماه[٤].

ولمَّا وقع عمله في محلٍّ ليس له تناوله لم يكن حقًّا، وإن عذر في حقِّ الله تعالىٰ بعذرٍ[٥].

ولأنَّ الخطأ جاء بخللٍ في تقويمه، أو التَّأمُّل في المرمىٰ، لا بسرايةٍ بعد الفراغ عن العمل علىٰ وجه الصَّواب، فصار بمنزلة عمل الأجير إذا دقَّ فخرق.

---

[١] «ص» (القابض).

[٢] «ص» (قبضت).

[٣] كذا، ولعلها: تمَّ.

[٤] «أ» (لوحا)، «ن» (فوحا)، «ص» (فوحاه). ولعلها: فرمىٰ أو: فرماه.

[٥] «ص» (ولأن عذره في حق الله تعالىٰ).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

فأمَّا فيما نحن فيه ففعله ما حلَّ إلَّا بمحلٍّ كان له القطع ، ولو لم يسر ما كان متعدِّيًا ، وإنَّما يصير متعدِّيًا بسراية الألم منه فلا يضمن به .

لأنَّ له حكم الابتداء ، فيقع على موافقته ؛ لا تعدِّيًا حكمًا .

ولأنَّ البرء الذي به يجعله[١] أبو حنيفة موافقًا إنَّما يحصل بقوَّة طباع المجروح ، ما في وسع القاطع تحصيله ، فلا يُشترط عليه ما ليس في وسعه ، ولا هو ، وإن حصل بصفةٍ لفعله[٢] لما لم يحصل به ، فيبقى حقُّه قطعًا مطلقًا عن صفة البرء والسِّراية ، وفي وسع القصَّار والرَّامي إخراج الخلل عن العمل ليصير[٣] العمل سليمًا عن العيب ، فخوطب به كذلك .

فصارت السِّراية في الحاصل بضعف الطَّبع عن [دفع][٤] أثر القطع ، فلم يجز أن يصير القاطع متعدِّيًا بضعفٍ في المقطوع ، كما قيل في البزَّاغ بأجرٍ ـ إذا سرى ـ استحقَّ الأجر ؛ كما لو برئ .

ولأبي حنيفة: أنَّه قتله بغير حقٍّ ، فيكون سبب ضمانٍ ؛ قياسًا على ما لو حزَّ رقبته ، أو جدع أنفه ، فمات منه ، وهذا لا شكَّ فيه .

وإنَّما الإشكال في أنَّه قتل فإنَّه[٥] متى ثبت أنَّه قتل من الابتداء كان بغير حقٍّ ؛ لأنَّه لا قتل له عليه.

---

[١] «أ» «ن» (يجعل) ، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (نصفه بفعله).

[٣] «أ» «ن» (فيصير) ، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٥] «أ» «ن» (فأما) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

وإنَّما قلنا: إنَّه قتلٌ ؛ لأنَّ القطع متىٰ سرىٰ إلىٰ الموت صار قتلًا من الابتداء ، لا أن يكون قطعًا ، ثمَّ قتلًا ؛ بناءً علىٰ القطع المنفرد ، كأنَّه[١] ضربه ضربةً أخرىٰ فقتله .

بدلالة أنَّ القتل اسمٌ لفعلٍ يتَّصل بالحيِّ[٢] تزول به روحه[٣] ، والقطع ونقض البنية أثر[٤] هذه الأفعال . وإذا كان الجرح الذي يتَّصل به زوال الرُّوح هو القتل وصفًا[٥] لم يبق معه اسم الجرح الذي لا يتَّصل به زهوق الرُّوح ؛ بل يقتصر علىٰ زوال اليد منه ، وهو اسم القطع . ألا ترىٰ أنَّ الإلقاء في اللُّغة اسمٌ للإسقاط من الجهة الأعلىٰ إلىٰ السفلىٰ[٦] ، فإذا ألقىٰ القارورة حتَّىٰ انكسرت يسمَّىٰ كسرًا من الابتداء في حقِّ القارورة التي هي محلُّ فعله .

وكذلك إيقاع[٧] خشبةٍ علىٰ جسمٍ يكون ضربًا من الأصل ـ إن كان الجسم ممَّا يتألَّم ـ ، وكسراً ـ إن كان ممَّا ينكسر ـ وانكسر ؛ لا أن يكون إيقاعًا ، ثمَّ كسرًا ، أو ضربًا يبتنىٰ عليه ، وإنَّه حركةٌ إذا لم يتَّصل بشيءٍ ، وإذا اتَّصل لم يسمَّ حركة ثمَّ ضربًا . فكذلك الإصابة بالسَّيف قطعٌ ، متىٰ عمل في الإبانة دون الإماتة[٨] ، وإذا اتَّصل بالرُّوح فأزهقها[٩] كان قتلًا ، فإنَّه طريقه الموضوع له ؛ لا أن يبقىٰ قطعًا

---

[١] «أ» «ن» (فإنه) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» (بالمجيء) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] «ص» (الحياة) .

[٤] «ص» (اسم) .

[٥] «ص» (وضعا) .

[٦] «أ» «ن» (الأسفل) ، والمثبت من «ص» .

[٧] «ص» (إلقاء) .

[٨] «ص» (الإفاتة) .

[٩] «أ» «ن» (فأزهقه) ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ـ وهو الاسم ـ، ثمَّ الثَّاني يبتنىٰ عليه. ألا ترىٰ أنَّ من جرح جرحًا لا قصاص فيه، فسرىٰ إلىٰ النَّفس= وجب القصاص، ولو بقي الأوَّل بنفسه ـ وهو غير موجبٍ ـ لما تولَّد منه ما يوجبه؛ لأنَّه تبعٌ للابتداء.

❁ فإن قيل: هذا مسلَّم لك في ابتداء القطع الذي لا يفارق حكمه حكم انتهائه في أنَّه عدوانٌ، والكلام وقع في الجزاء علىٰ ما أصَّلوه لأنفسهم.

❁ قلنا لهم: إنَّ ما قلتم صحيحٌ؛ إلَّا أنَّ الجزاء في مسألتنا قطع قصاصٍ مثل الأوَّل، ولم يأت به، فكان ابتداءً.

فأمَّا الجواب عن قوله: إنَّه في حكم بدنين؛ لأنَّ بعضه محلُّ الجزاء، وبعضه لا، فكذلك في حقِّ أخذ الجزاء، وهذا الذي أخذه قتلٌ وليس بجزاءٍ، وفي حقِّ القتل البدن في حكم محلٍّ واحدٍ.

وكذلك الجواب عن قوله: إنَّ بعضه مملوكٌ، وبعضه لا؛ لأنَّ الملك ما ثبت مطلقًا؛ كملك[1] الرَّجل جارحته،

بدليل: أنَّ يد من عليه القصاص ـ لو قطعت ظلمًا ـ كان الضَّمان له[2]؛ لا لوليِّ القصاص، وإنَّما ثبت في حقِّ استيفاء الجزاء، والقتل ليس بجزاءٍ، فلم يثبت في حقِّه حكم الملك، فلم تثبت المفارقة.

وكذلك عن قوله: إنَّ القطع نوعان: جزاءٌ، وغيره، وهما مختلفان؛ فنعم،

[1] «أ» (لملك)، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] «ن» (كان الظلم له لا لولي)، «أ» (كان الضمان لصاحب اليد الظلم له لا لولي...)، والمثبت من «ص»، والظاهر أن ناسخ «أ» أدرج ما في حاشية النسخة داخل المتن، فجمع بين الجملتين.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولكن الذي أتاه[١] ليس بجزاءٍ ؛ وهذا لأنَّ الجزاء قطعٌ هو قصاصٌ مثل الأوَّل ، والأوَّل تناهىٰ بالبرء ، فلا يجب له إلَّا مثله ، فإذا لم يأت به كان قطعًا علىٰ الابتداء ، وقد سرىٰ فيصير قتلًا علىٰ ما قلناه .

وكذلك الجواب عن الأخير ؛ لأنَّ الثَّابت قطعٌ لا يُضعِف الطَّبيعة عن دفع أثره ، وكذلك القطع الذي تموت منه النَّفس بنفسه مباشرة قتلٍ ؛ لا قتل سرايةٍ[٢] عن سببٍ .

ألا ترىٰ كيف يجب به القصاص ، ولا قصاص علىٰ المسبِّب ، فثبت أنَّ القطع متىٰ صار نفسًا يصير قتلًا بنفسه ؛ كالدّقِّ[٣] المخرّق .

❁ فإن قيل : إنَّه شرع ما لا يمكننا الوصول إليه .

❁ قلنا : إنَّ المشروع ثبوت ملكٍ في اليد يمكِّنه من قطعٍ مثل الأوَّل ، وثبوت الملك لا يسري ليكون الشَّرع بشرطٍ لا يصل إليه ؛ بل الشَّرط ثابتٌ ذكرًا .

❁ فإن قيل : إنَّ ملك القصاص[٤] فيه حياةٌ ـ علىٰ ما قال الله تعالىٰ ـ وذلك في الاستيفاء ، فلم يستقم الإيجاب لحكمة الحياة ، وليس في وسعه إيجاده .

❁ قلنا : إنَّ القطع حقُّنا ، وكذلك القصاص ، وما ثبت لنا لا يبتنىٰ علىٰ وسعنا ؛ بل علىٰ أهليَّتنا لذلك ، وإنَّما يبتنىٰ علىٰ الوسع ما يكون علينا .

---

[١] «أ» (بقا) ، «ص» (أبانه) ولم يضبط منها إلا النون ، ولعلها أتىٰ به ، والمثبت من «ن» .

[٢] «ص» (بسراية) .

[٣] «ص» (كالرق) .

[٤] «ص» (الملك نقصان) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وأمَّا حكمة الحياة المطلوبة[١] بالقصاص فأمرٌ[٢] لنا [أيضًا][٣]؛ لا علينا، فلا يُكره تركه.

ألا ترىٰ أنَّ العفو عن القصاص مستحبٌّ، فكذلك التَّعليق بشرطٍ يؤدِّي إلىٰ العفو يكون مستحبًّا، ولهذا يسقط بالشُّبهات؛ وهذا لأنَّ في العفو حياةٌ في الحقيقة، وفي القتل حياةٌ في العاقبة.

❁ فإن قيل: فيه تخييرٌ بوليِّ القصاص؛ لأنَّ يده كانت له بلا خطرٍ، فلا يتخيَّر إلَّا ببذله أحدها[٤] بلا خطرٍ.

❁ قلنا: إنَّ المبادلة في القصاص من حيث الفعل[٥] أرجح؛ لأنَّه شُرع علىٰ سبيل العقوبة، فتعتبر المساواة في الفعل أوَّلًا، وهو أن يكون[٦] قتلًا بقتلٍ، وليست[٧] المقابلة في مأخوذٍ بمأخوذٍ؛ لتعتبر المساواة فيهما[٨] أخذًا.

ولأنَّا كما يلزمنا أن لا نخلَّ[٩] بملك المظلوم يلزمنا أن لا نخلَّ بملك الظَّالم وراء ظلمه، فإنَّ نفس القاطع ملكُه، ومحترمة[١٠] مثل ملك المظلوم؛ لأنَّه لا

---

[١] «أ» (المطلقة)، «ن» (المطلق)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (أم)، «ن» (أمر)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (ببذله أخذه)، والمثبت من «ص» (ببدله أحدها).

[٥] «ص» (القتل).

[٦] «ص» (لا يكون).

[٧] «أ» «ن» (وليس)، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» «ن» (فيها)، والمثبت من «ص».

[٩] «أ» «ن» (نحل)، والمثبت من «ص».

[١٠] «أ» «ن» (ومحترمٌ)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

تعدِّي في حقِّ النَّفس، وإنَّها تساوي غيرها[١] فيما لا تعدِّي فيه، ومتىٰ أبحت له مطلقًا أبطلت ملك هذا في نفسه، وإن لم تكن صيانة النَّفس مرجَّحَةً علىٰ اليد، فليكن بينهما معارضةٌ، فيصير ملك المظلوم يده مطلقًا استيفاؤها، وملك هذا نفسه مثل ملكه مانعًا إيَّاه عن فعل تناول النَّفس به، فأثبتنا إطلاقًا في حالٍ مقرونًا بحجرٍ في حالٍ نظرًا لهما جميعًا، وإثباتاً للمساواة بينهما.

❁ **فإن قيل**: لو أُبيح له القطع بشرط البرء لما أُبيح بوجهٍ؛ لأنَّ البُرء مشكوكٌ فيه، والمعلَّق[٢] بالشَّرط لا يثبت ما[٣] دام الشَّرط مشكوكًا في وجوده.

❁ **قلنا**: إنَّما أُبيح للحال؛ لأنَّه للحال قطعٌ مثل الأوَّل، لا شكَّ فيه؛ لكن احتمل أن يموت منه، فيكون قتلًا من الأصل، فأبحناه لكينونته قطعًا منه للحال، ولم يثبت الحجر بأمرٍ محتملٍ؛ لأنَّ المحتمل لا يكون حجَّةً؛ لكن لم نحكم بأنَّه حقُّه قطعًا لا يحتمل وجهًا آخر يتبيَّن في ثاني الحال منه؛ لأنَّه يحتمله علىٰ ما قلناه، فجعلناه حقًّا يحتمل غير ما قلناه، فإذا تبيَّن أنَّه كان غير حقٍّ له من الأصل ـ كالعمل بالقياس حقٌّ، واحتمل أن يكون مخالفًا لنصٍّ ـ فإذا تبيَّن، كان باطلًا من الأصل.

ولهذا أوجبنا الدِّية دون القصاص؛ لأنَّ ابتداءه حقٌّ وانتهاءه باطلٌ، وإذا كان كذلك أبحنا له القطع بحقِّ الابتداء نظراً له، وضمَّنَّاه بحقِّ الانتهاء نظرًا لخصمه، وإذا كان الحكم بأنَّه حقٌّ علىٰ احتمال أن يكون غير حقٍّ لم تثبت البراءة بحقِّ الملك، ولا بالقصاص؛ لأنَّا متىٰ أوجبنا ذلك جعلناه[٤] جزاءً قطعًا لا

---

[١] «أ» «ن» (وإنَّه يساوي غيره)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (والتعلق).

[٣] «ن» «ص» (متىٰ).

[٤] «أ» «ن» (جعلنا)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يحتمل أن يكون غير جزاءٍ، وإنَّه غير ممكنٍ؛ لما ذكرنا أنَّ الواجب مثل الأوَّل، وأنَّ نفس القاطع[١] مضمونةٌ عن تعدِّي هذا عليه.

وهذا بخلاف قطع الإمام يد السَّارق؛ لأنَّ الواجب قطعٌ بمقدارٍ لا قطعٌ لا يسري؛ لأنَّه فُرض على الإمام إقامته، ولو أمرناه بقطعٍ لا يسري لكلَّفناه ما ليس في وسعه، والإلزامات شرعًا مبنيَّة على ما دون الوسع أو قدره.

ولأنَّه يستوفيه لله تعالى بأمره، فينتقل إلى الله بحكم الأمر إذا جاءت الموافقة، وقد جاءت ابتداءً على ما بيَّنَّا، فينتقل إلى الله بحكم الأمر، فيصير كأنَّ الله تعالى أماته، فيقع هدرًا؛ كما لو أماته؛ لأنَّه المالك على الحقيقة. وكما لو أمره صاحب النَّفس بقطع يده، فقطعها، فمات منه= لم يضمن لهذا المعنى.

وكذلك البزَّاغ بائع عمله، وعمله قطعٌ مقدَّرٌ لا بشرط البرء؛ فإنَّه ليس في وسعه ذلك، والإجارة لا تنعقد على عملٍ ليس في الوسع، فإذا أتى به على الشَّرط صار للمشتري، فينتقل إلى الآمر بحكم التَّمليك عليه بالاستئجار أو الاستعانة، فيصير كأنَّه فعل بنفسه [في نفسه][٢]؛ فيقع هدرًا.

والمقتصُّ[٣] يعمل لنفسه[٤] ويستوفي حقَّه، فلا يبرأ بحكم الانتقال؛ بل بحكم أنَّه حقُّه على ما مرَّ، وهذه الحقِّيَّة[٥] لم تثبت قطعًا، فلا تثبت البراءة قطعًا، وإذا توقَّف فلم يصر في حكم فعلين، ومتى اختصَّ أصل القطع بحكمٍ ثبت بنفسه

---

[١] «ص» (القطع).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (والمقتضى)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (بنفسه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (الحقيقة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

من غير توقُّفٍ صار في حكم فعلين؛ كما في تلك المسائل.

ولأنَّ الإمام لا يضمن يد السَّارق من حيث[1] سقوط حرمة ذلك المحلِّ جزاءً بمعصيته؛ كالزَّاني المحصن، والمرتدِّ، حتَّىٰ لو قطع بعد القضاء قاطعٌ بغيرِ إذن الإمام لم يضمن شيئًا، كما لو قطع يد مرتدٍّ، أو أتلف خمرًا.

وإذا كان المحلُّ ساقط الحرمة لم يصلح محلًّا لانعقاد ضمان الفعل فيه، وإذا انعقد هدرًا سرىٰ كذلك إلىٰ النَّفس؛ لأنَّ السِّراية تبعٌ للبداية[2]؛ ولكن مع هذا يصير مقيمًا حدًّا لله تعالىٰ؛ لأنَّه لم يوجد عليه قيد[3] البرء علىٰ ما مرَّ، لتباين[4] الموجود ابتداءً بحكمه حكم الجملة، فيصير في حكم فعلين، فأمَّا ههنا فالمحلُّ محترمٌ. ألا ترىٰ أنَّ غيره لو قطع يد من عليه القصاص ظلمًا ضمن لصاحب اليد، لا لوليِّ القصاص؛ وهذا لأنَّه تملَّكه قصاصًا بالأوَّل، والأوَّل كان محترمًا، فلا تقتضي المثليَّة سقوط حرمة المثل، والمساواة في القيام دون السُّقوط، فلو سقط الضَّمان لسقط من حيث إنَّه ملكه، وإنَّه لا يملك يده حقيقةً؛ بل حكمًا في حقِّ استيفاء حقِّه منه علىٰ ما مرَّ، فإذا سرىٰ ـ ولم يكن استيفاءً ـ لم يكن المحلُّ ملكًا أيضًا، والله أعلم.

|١٣١٨| **مسألةٌ**: ونظير هذه المسألة من حيث المعنىٰ:

إذا جلد الإمام رجلًا حدًّا بشهادة شهودٍ، وجرحته السِّياط، ثمَّ رجع الشُّهود

---

[1] «ص» (بحكم).

[2] «أ» «ن» (حكم البداية)، والمثبت من «ص».

[3] «أ» (فبداء)، والمثبت من «ن» و«ص».

[4] «أ» (لبيان)، «ص» (فتباين)، والمثبت من «ن»

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

= لم يضمنوا أرش الجراح عند أبي حنيفة.

وعندهما: يضمن [الشُّهود ذلك][1]؛ لأنَّ الجرح كان بالحدِّ، وهم أوجبوا الحدَّ، فانتقل إليهم؛ كأنَّهم فعلوا، فينتقل الجرح إليهم، وبالرُّجوع يصير تعدِّيًا[2] بغير حقٍّ، فيضمنون؛ كما يضمنون الدِّية إذا كانوا أوجبوا قتلًا.

وأبو حنيفة يقول: إنَّما ينتقل إليهم بقدر ما أوجبوا، وهم أوجبوا حدَّ القذف، وإنَّه حدٌّ[3] مؤلمٌ غير جارحٍ، فلا ينتقل إليهم ما لم يوجبوا من الجرح.

❁ فإن قيل: لو كان كذلك لضمن الإمام لصيرورته فعلًا غير حدٍّ.

❁ قلنا: إنَّ الإمام فُرض عليه إقامة الحدِّ، والاحتراز عن الجرح بالجلد متعذِّرٌ، فسقط اعتباره نفيًا للحرج في تحرِّي[4] السَّلامة وتحقيقها.

فالجرح مسقطٌ للإلزامات الشَّرعيَّة كعدم الوسع، وعذره يسقط عنه؛ ولكن لا يلزم غيره، فصار الواجب بالشَّهادة جلدًا لا يسري؛ لأنَّه[5] لا شطط فيه إيجابًا.

وهذا لأنَّ الوجوب لا سراية فيه، وصار الاستيفاء حقًّا سرئ أو لم يسر مطلقًا عن الوصفين؛ عن كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنَّه ليس في وسعه أن[6] يخرج به

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[2] «أ» (متعدِّيا)، والمثبت من «ن».
[3] «ص» (جلد).
[4] «أ» (مجرئ)، والمثبت من «ن» و«ص».
[5] «ص» (وإنه).
[6] «أ» «ن» (أو)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

في الاستيفاء بوصفٍ بعينه.

❁ فإن قيل: إنَّ الإمام يجرحه بخُرقٍ يقع في الضَّرب، فلا يكون عذره ملزمًا غيره حقًّا.

❁ قلنا: نعم، وإن كان يقع بخللٍ ففي رفعه تعذُّر وحرجٌ، فصار من قبيل ما لا يُطاق[١].

❁ فإن قيل: إنَّ الأجير المشترك يلزمه عملٌ غير[٢] معيبٍ، والاحتراز عن الإفساد فيه حرجٌ، مثل ما يقع للإمام [في الجلد][٣]؛ بل أشدُّ، والعمل عليه واجبٌ؛ كما في مسألة الجلَّاد.

❁ قلنا: إنَّ الأجير[٤] [المشترك][٥] بائع عمله، فكان اللُّزوم بحكم عقدٍ اختاره[٦]، فلزمه كما التزمه سليمًا عن العيب، فصحَّ إذا[٧] كان ممكنًا في الجملة، وإن شقَّ عليه، وههنا اللُّزوم بإلزام الشَّرع لا فعل لنا فيه، وقد نصَّ الله تعالىٰ علىٰ أن لا حرج في الدِّين رحمةً من الله وفضلًا، مع جوازه لو ألزمنا بقدر الممكن مع الحرج.

---

[١] «ص» (يطلق).
[٢] «أ» (غيره)، والمثبت من «ن».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (الاحتراز).
[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» «ص».
[٦] «ص» (إجارته).
[٧] «أ» (وإذا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣١٩| مسألةٌ: وليُّ القتيل إذا قطع يد القاتل، ثمَّ عفا عن القتل= ضمن اليد[١] عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يضمن.

لأنَّه ملك كلَّ نفسه قصاصًا، واليد منه، فصار قطعه لما هو في حكم ملكه هدرًا، كاليد في المسألة الأولىٰ، وقطع الرَّجل يد نفسه. ألا ترىٰ أنَّه هدرٌ قبل العفو، فكيف يصير مضمونًا بالعفو والجناية لم تتغيَّر عن حالها[٢]، والعفو يتناول ما بقي من فعلٍ آخرَ هو[٣] قتلٌ؛ ولأنَّ هذا الفعل نفسه فعل قتلٍ؛ فإنَّه إذا سرىٰ كان قتلًا، لا غيره، وإذا كان من فعل القتل لا ينعقد[٤] مضمونًا؛ لأنَّه حقُّه؛ ولأنَّ حقيقته غير مضمونٍ عليه.

ونظيره: رجلٌ له قصاصٌ في اليد، فقطع الإصبع من يد [من عليه][٥] القصاص، ثمَّ عفا= لم يضمن الإصبع.

وكذلك شاهدان لو شهدا بالقتل علىٰ رجلٍ، فقطع الولُّي يده، ثمَّ رجعا= ضمنا لصاحب اليد يده، وإنَّما يضمنان ما أتلفا بشهادتهما.

فدلَّ أنَّ اليد[٦] متلَفةٌ بشهادتها[٧]، وهما ما شهدا إلَّا بالقتل، فلو كان القطع

---

[١] «أ» (اليد)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «أ» «ن» (حاله)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (وهو).
[٤] «أ» (يتعدىٰ)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (المتلف).
[٧] «أ» (بشهادتهما).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

غيره لما ضمنا.

ولا يلزم رجلٌ عليه قصاصٌ في نفسه، وفي يده، فقطع صاحب النَّفس يده، فإنَّ الذي عليه القصاص يبرأ[١] عن حقِّ القصاص في اليد؛ كأنَّه قطع ظلمًا، ولو جعل ذلك القطع قطعًا بقصاصٍ، لضمن صاحب اليد الأرش؛ كما لو صرفه إلىٰ قصاصٍ في اليد لرجلٍ آخرَ، [ولم يضمن][٢].

لأنَّ شيئًا من قضاء الواجب لا يقع بقطع اليد، فإنَّ الواجب روحه، وشيءٌ[٣] من الرُّوح لا يزول عن نفسه بالقطع، فإنَّها لا تتجزَّأ ثبوتًا وزوالًا، علىٰ ما مرَّ.

فلذلك لا يضمن لصاحب اليد.

ونحن في مسألتنا لم ندَّع إبقاء[٤] شيءٍ من النَّفس باليد؛ بل ادَّعينا [أنَّ][٥] اليد في حكم ملكه تبعًا للجملة.

إذ[٦] قلنا: إنَّ القطع ـ من حيث فعل القتل ـ من القتل، فإنَّه منه؛ ولكن لم يتمَّ عمله[٧] ما لم يأت علىٰ الرُّوح، وشيءٌ من حكم العلَّة لا يثبت بما هو من العلَّة ما لم تتمَّ؛ كبعض النِّصاب من العلَّة، ولا يجب شيءٌ حتَّىٰ يتمَّ؛ بل كلُّ

[١] «أ» (سرىٰ)، والمثبت من «ن».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (وبشيء).
[٤] «ص» (إيفاء).
[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص» و«أ».
[٦] «أ» «ن» (أو)، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (عليه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

النِّصاب علَّة، وتأجَّل حكمه إلىٰ الحول لنقصان وصفٍ فيه.

فكذلك ههنا كلُّ جزءٍ من القطع علَّةٌ بنفسه، وإن تأجَّل حكمه من الموت إلىٰ حين بعده، ولم يصر إيفاءً لشيءٍ من الواجب حتَّىٰ يموت منه، وإذا كان قتلًا منه أو منه[١] لم يقع مضمونًا، ولمَّا لم[٢] يثبت حكمه بعد ولمَّا لم يصر مستوفيًا، وصحَّ العفو عن حقِّه، فخرجت هذه المسألة علىٰ طريق أنَّ القطع حقُّه، وأنَّ المحلَّ مملوكٌ له حكمًا كالمسألة الأولىٰ.

وأبو حنيفة يقول: القطع غير القتل علىٰ ما بيَّنَّا في المسألة الأولىٰ، فلا يصير القطع حقَّه في مسألتنا هذه، وحقُّه القتل، وإذا لم يصر حقَّه لم يصر المحلُّ في حكم ملكه، علىٰ ما مرَّ.

وإذا لم يكن حقًّا كان تعدِّيًا، فيقع مضمونًا؛ إلَّا أنَّ وجوب الضَّمان لا يظهر قبل العفو لما له من حقِّ إتلاف الكلِّ بحقٍّ وصيرورة ما دونه تبعًا، فسقط اعتبار الضَّمان عليه في [حقِّ][٣] الطَّرف تبعًا للكلِّ بحقِّ القتل، أو لاحتمال أن يكون القطع بنفسه قتلًا إذا مات منه، والقتل حقُّه.

أو لأنَّ له جعل هذا القطع قتلًا بضرباتٍ أُخرَ أو بحزِّ الرَّقبة، وإذا سقط القتل بالعفو زال المانع، فعمل التَّعدِّي عمله؛ ولأنَّ القطع أو القتل إنَّما كان حقًّا له؛ لأنَّه قصاصٌ وكلُّه سقط بالعفو؛ لأنَّه قتلٌ لا يتجزَّأ ثبوته، فخرج الذي وجد منه من أن يكون قصاصًا، فصار تعدِّيًا، وعلم أنَّ حقَّه قتل ما بقي القصاص حقًّا له.

---

[١] «ص» (وإذا كان قتلا أو منه).

[٢] «ص» (فما لم).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وعلىٰ هذا الشَّرط وقع حين وقع ، فإذا عدم الشَّرط كان تعدِّيًا ، كالقطع إذا سرىٰ في المسألة الأولىٰ.

وأمَّا مسألة الإصبع فالجواب عنه: أنَّ الواجب لصاحب اليد يد يأخذها[١] ، وأنَّه اسمٌ لأجزاءٍ منها الإصبع ، فكان أخذ الإصبع أخذًا لبعض الواجب ، فلا يقع مضمونًا ـ وإن أخطأ الطَّريق ـ ، فأمَّا ههنا فالواجب روحٌ تؤخذ ، وإنَّها ليست بذات[٢] أجزاءٍ ، ولا جسمٍ ، واليد التي أخذها بعض الجسم ـ لا بعض الرُّوح ـ فلم تكن بعضَ الواجب ، ولا كلَّه ، فلم تكن حقَّه. ألا ترىٰ أنَّ كامل الأصابع لا يقطع بناقص الإصبع[٣] لنقصانٍ فيه بالإصبع ، فعلمنا أنَّه بعض الواجب لمَّا انتقص بزواله ، وكامل الأطراف من الجسم يؤخذ بالنَّاقص لتساويهما روحًا.

وأمَّا مسألة الشَّهادة ، فالجواب عنها[٤]: أنَّ الشَّاهد لم يضمن له اليد ؛ لأنَّه ما أوجب اليد للمشهود له ؛ بل لأنَّه أوجب له قتل النَّفس ، وذلك يبرئ القاطع عن ضمان القطع ، فضمن بإيجاب البراءة عليه بعد علَّة الضَّمان له ، فصارا كما لو شهدا علىٰ آخرَ[٥] بأنَّه أبرأ غريمه عن الدَّين ثمَّ رجعا= ضمنا.

ومثاله: رجلان شهدا بطلاق امرأةٍ علىٰ رجلٍ قبل الدُّخول بها ، ثمَّ رجعا بعد القضاء= غرما[٦] له نصف المهر ؛ كأنَّهما أوجبا عليه ، وما أوجبا[٧] ،

---

[١] «أ» «ن» (يأخذه) ، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (وأنَّه ليس بذي) ، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (الأصابع).
[٤] «أ» «ن» (عنه) ، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (علىٰ رجل).
[٦] «ص» (ضمنا).
[٧] «أ» زيادة (عليه) ، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

فالوجوب كان بالعقد ؛ بل أسقطا[١] النِّصف ، وجعل كأنَّهما أوجباه[٢] ؛ لأنَّ هذه فرقة قبل الدُّخول ، وإنَّها مبرئة[٣] عن المهر كلِّه لولا الثُّبوت من قِبل الزَّوج ، فهما ـ بالإضافة إليه معًا ـ علَّة البراءة عن العمل ، حتَّىٰ لم تثبت البراءة ، فصار كأنَّهما أوجبا بعد البراءة ، والله أعلم.

|١٣٢٠| مسألةٌ: المجروح إذا عفا عن الجرح ، أو القطع ، أو الشَّجَّة ، ثمَّ مات منه= لم يجب شيءٌ عندهما.

وقال أبو حنيفة: تجب الدِّية استحسانًا ، والقياس أن يجب القصاص.

فهما يقولان: إنَّه عفا عن حقِّه ، فيصبح كما إذا عفا عن الجناية ، أو القطع ، وما يحدث منه.

وإنَّما قلنا: «حقُّه» ؛ لما ذكرنا ـ في المسألة الثَّانية ـ أنَّ القطع حقُّه ، وإن كانت الجناية[٤] نفسًا فكيف يبطل بصيرورته نفسًا ؟

ولأنَّ الجناية ـ وإن كانت عامَّة تعمُّ القطع والقتل ـ فالبراءة لا تصحُّ من حيث تناول القتل ، فإنَّه لو نصَّ فقال: «أبرأتك» عن ضمان القتل لم يصحَّ ، فثبت أنَّه يصحُّ ، لما أنَّه يتناول ما دونه ، وما دونه قطعٌ.

ولأنَّ أداء ما يتعلَّق وجوبه بالقتل جائزٌ قبله ، وهو الكفَّارة ، فالإبراء أولىٰ ؛

[١] «أ» (إسقاطا) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (أوجبا) ، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (تبرئةٌ) ، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (جناية) ، والمثبت من «ن». وليست في «ص»

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّه أوسع ثبوتًا من الأداء.

ولأنَّ الإبراء ينصرف إلىٰ الواجب له من الضَّمان بالقطع، وإنَّه[١] ضمانٌ ثابتٌ سرىٰ أو لم يسر، فالجناية مضمونةٌ حقًّا له؛ إلَّا أنَّا نجهل[٢] ما يثبت[٣] للحال، وجهالة الضَّمان لا تمنع صحَّة البراءة، حتَّىٰ إذا تزوَّج علىٰ القطع المرأة التي قطعته كان لها مهر المثل؛ لا لأنَّه سمَّىٰ ما ليس له؛ لكن لأنَّ المسمَّىٰ مجهولٌ، فلم تصحَّ التَّسمية.

ولأنَّه إبراءٌ عن القطع، وهو للحال قطعٌ، وإنَّما يتوهَّم الانقلاب[٤] قتلًا، فيكون [قبل][٥] الانقلاب[٦] حقُّه في قطع مثله، فيصحُّ العفو، وإذا صحَّ هدر ما بعده بناءً [عليه][٧]؛ كما لو أذن له بالقطع ابتداءً ـ فصار قتلًا ـ كان هدرًا لموافقته إذنه ابتداءً.

ولأنَّه متىٰ صحَّ فارق الجملة بحكمه، فيصير في حكم ما لو فارق بالبرء علىٰ ما مرَّ.

دلَّ عليه: ما قالوا في رجلٍ ادَّعىٰ علىٰ رجلٍ: «إنَّك شججت وليِّي موضحةً»، فمات منه، وشهد له شاهدٌ بالشَّجَّة لا غير، والآخر بالشَّجَّة والموت

---

[١] «أ» «ن» (وله)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (بالجهل)، والمثبت من «ص».

[٣] لم تضبط في «أ»، وفي «ن» (بيته)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (الإتلاف).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص» و«أ».

[٦] «ص» (الإتلاف).

[٧] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

منها= قضي بالموضحة، ولو كانت غير التي سرت إلى النَّفس لما قُبلت الشَّهادة. كما لو ادَّعى قتلًا عليه من الابتداء، وشهد الشَّاهدان[١] بالشَّجَّة.

ولا يلزم الوكيل بالصُّلح عن الشَّجَّة إذا صالح عن الشَّجَّة ـ وما يحدث ـ؛ لأنَّه زاد ما لم يسمَّ له[٢]، فصار[٣] مخالفًا؛ كالوكيل بالصُّلح بألف درهمٍ إذا صالح بخمسمائةٍ.

ولأنَّا سلَّمنا أنَّ نفس القطع ابتداءً ينقلب قتلًا من أصله إذا سرى إلى الموت؛ إلَّا أن يفارق محلُّ القطع محلَّ القتل بحكمه، فإذا فارقه بحكمه صار في حكم نفسين، وحكم ما لو برأ منه، ثمَّ جاء الموت بسببٍ آخرَ، ولا مفارقةَ بين أجزاء[٤] الجسم ـ في صفة حلول الجناية[٥] بها ـ في أنَّها عدوانٌ إذا لم يكن عن إذنٍ؛ إلَّا أن يكون القطع جزاءً، وإنَّما يفارق بعضها [بعضًا][٦] إذا كان جزاءً لا يعمُّ البدن، فيكون بعضها محلًّا لاستيفاء الجزاء منه دون البعض. فأمَّا إذا لم يكن جزاءً، أو[٧] استحقَّ الكلَّ جزاءً، فلا فُرقان في حقِّ انعقاد الضَّمان وسقوطه، ولا يعتبر[٨] القطع قطعًا، ثمَّ قتلًا، ثمَّ يكون له اسم ما له لا بحاله[٩].

---

[١] «ص» (الشهداء).

[٢] «ص» (فيه).

[٣] «أ» «ن» (قضاءً)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (أسماء).

[٥] «ص» (الحياة).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ».

[٧] «أ» (و).

[٨] «ص» (فلا يصير).

[٩] «ص» (حاله).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولا يلزم علىٰ هذا رجلٌ أقرَّ أنَّه لا جرح له علىٰ فلانٍ، ثمَّ ادَّعىٰ قتلًا= صحَّ، أو قال: «لا قتل لي عليه»، ثمَّ ادَّعىٰ جرحًا؛ فإنَّه يدلُّ علىٰ أنَّهما غيران؛ لأنَّهما غيران غير عينين، فالسِّراية تغيير[١] صفةٍ علىٰ الحقيقة، والعين لا تتغيَّر بتغيُّر الصِّفات، والكلام في العين المشار إليه من القطع أنَّه لا يصير شيئًا آخر بالموت؛ كالصَّبي والشَّيخ غيران إذا سمِّيا غير عينين، وإذا عُيِّن الصَّبي ثمَّ شاخ كان ذلك بعينه.

ولأنَّا نقول: إنَّ القتل غير القطع، وكانا واجبين حقًّا للإنسان، والكلام وقع في الاستيفاء، فإنَّ القطع يستوفىٰ بقطعٍ، والقتل كذلك، علىٰ أنَّا لا نسمِّي قطعًا يسري إلىٰ الموت قطعًا؛ إلَّا إذا انقطع عن النَّفس بحكمه، فألحقناه بما لو انقطع عنه بالبرء، فيكون علىٰ هذا اتِّفاقا علىٰ الاسم[٢].

ولا خلاف أنَّه إذا انقطع عن النَّفس قطع، وإذا اتَّصل به قتل، فيعود الكلام إلىٰ إثبات الانقطاع أو[٣] الاتِّصال، وقد انقطع في[٤] الفصل الأوَّل بكونه جزاءً، وإنَّه مخصوصٌ به دون النَّفس محلًّا وفعلًا.

وفي مسألتنا هذه انقطع بإسقاط الضَّمان الذي [هو][٥] وصف القطع الموجود بقدره، فإنَّه مضمونٌ بنفسه للحال؛ ولكن إذا انقلب قتلًا انقلب ضمانه أيضًا، ولمَّا سقط ضمانه فارق بحكمه حكم التَّعدِّي علىٰ النَّفس، فإنَّه مضمونٌ،

---

[١] «أ» (بغير)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (إيفاء علىٰ أن الاسم).

[٣] «أ» (و).

[٤] «ص» (عن).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وفي الفصل الوسط ما فارق نفسه في كون كلِّ جزءٍ منه محلًّا يستوفىٰ القتل منه من طريق القطع، فيقع غير مضمونٍ.

ولأبي حنيفة: أنَّه عفا عن غير حقِّه فلم يصحّ؛ كما إذا عفا عن الأنف، وله اليد.

وإنَّما قلنا: غير حقِّه؛ لأنَّ حقَّه القتل، وإنَّه عفا عن القطع، وهما شيئان ـ علىٰ ما ثبت الاتِّفاق عليه ـ إلَّا أن يتغيَّر بدليله، وما دليله إلَّا سقوط الضَّمان بالعفو[١]، وذلك الضَّمان متميِّزٌ[٢] بين أن يكون ضمان قطعٍ أو ضمان نفسٍ، وهما مختلفان، وإنَّه يسمَّىٰ ضمان القطع.

وتبيَّن لنا أنَّه لم يكن له ذلك، وإنَّما كان ظنًّا منَّا ظننَّاه[٣]، فلم تصحَّ البراءة، فلم يصر للقطع حكم نفسه، والقتل زيادةٌ عليه،؛ بل اعتبر موقوفًا علىٰ ما تبيَّن في الثَّاني.

ولهذا كان القياس أن يجب القصاص[٤] كما لو عفا عن الأنف، إلَّا أنَّه استحسن إسقاطه لشبهة الصحَّة بقيام صورة القطع حال إضافة العفو إليه.

بخلاف الإبراء عن الجناية؛ لأنَّ الضَّمانَ ضمانُ جناية صار نفسًا أم لا، فلم يصادف هذا[٥] اللَّفظ ما ليس بحقٍّ له، وصحَّت البراءة عن ضمان القتل بلفظ الجناية دون لفظ القتل.

---

[١] «أ» (بالعقد)، والمثبت من «ن».
[٢] «ص» (متصل).
[٣] «أ» «ن» (ظننا)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (الضمان).
[٥] «ص» (بهذا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّ اسم القتل لا يثبت إلَّا بعد الموت، فكذلك البراءة عن القتل تكون[١] بعد الموت، فتتناول حقَّ الورثة، واسم الجناية قائمٌ[٢] للحال، وهي سببٌ لثبوت ضمان القتل ـ وإن لم يثبت ـ فيقتضي براءةً للحال، ولا[٣] حقَّ للورثة للحال يمنعه عن صحَّة التَّصرُّف نفاذًا للحال. ألا ترىٰ أنَّ من قال لآخَرَ: «اقتلني»، فقتله[٤] = ضمن، ولو قال: «اقطع يدي»، فقطع[٥]، فمات منه= لم يضمن؛ لأنَّه تناول حقَّه للحال، فكذا هنا.

وكذلك إذا قال: «اقتل عبدي»، لا يضمن القاتل؛ لأنَّه حقُّه، ولم يفسد لانعدام الواجب؛ لأنَّ البرء[٦] ـ وإن صحَّ بعد سبب الوجوب قبل الوجوب ـ كالأداء علىٰ ما زعمت، وإنَّما أبطلنا بلفظ القطع؛ لأنَّه لم يكن سببًا، إنَّما السَّبب فعلٌ يسمَّىٰ قتلًا، أو جنايةً.

وأمَّا قوله: إنَّه للحال قطعٌ مضمونٌ، فيهدر بالعفو، فلا كذلك؛ بل هو قطعٌ علىٰ احتمال أن يكون غير قطعٍ، فإذا تبيَّن في الثَّاني كان الحكم لما تبيَّن، فيصير عافيًا عن غير حقِّه.

ولا تلزم مسألة الشَّجَّة؛ لأنَّها سبب القتل، فصار لمدَّعي القتل حقٌّ أن يدَّعي سببه، لأنَّ الحقَّ إنَّما يثبت بسببه، فيصير إذا ادَّعىٰ السَّبب مع حكمه ـ في

---

[١] «ن» (كون).

[٢] «أ» «ن» (قائمةٌ)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (ولأن).

[٤] «أ» «ن» (فقتل)، والمثبت من «ص».

[٥] «ن» (فقطعها).

[٦] «أ» (البراءة)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

حقِّ صحَّة السَّبب ـ كأنَّه ادَّعاه وحده دون المسبَّب في موضعٍ يصحُّ منه ذلك.

ألا ترىٰ أنَّه إذا قال لرجلٍ: «هذا عبدي اشتريته من فلانٍ الغائب»، وأنكر ذو اليد ذلك، وأقام البيِّنة= ثبت الشِّراء من الغائب؛ كأنَّه كان حاضرًا وادَّعىٰ عليه السَّبب مقصودًا دون الملك.

فكذلك ههنا يصير كأنَّه ادَّعىٰ شجَّة بلا ضمان قتلٍ، وقد اجتمع عليه الشَّاهدان؛ لأنَّ الذي شهد بالشَّجَّة والسِّراية لم تصر شهادته حجَّة في السِّراية؛ لأنَّها شطر العلَّة، فتصير في حكم العدم في إيجاب الحكم؛ فيصير كأنَّه لم يشهد، فلا يصير ـ من حيث الشَّهادة ـ أحدهما قتلًا، والآخر شجَّةً.

والمعنىٰ: أنَّ الشَّجَّة صارت مقصودةً بالدَّعوىٰ، فكذلك تصير مقصودةً بالشَّهادة ليثبت السَّبب[١] كما ادَّعاه، ثمَّ[٢] يثبت الحقُّ بناءً عليه؛ كما قلنا في مسألة دعوىٰ الملك والشِّراء.

وأمَّا قوله: بالسِّراية تتغيَّر صفة القطع، فلا كذلك؛ بل بأصله[٣]؛ لما ذكرنا أنَّ محلَّ الانفعال[٤] يتغيَّر من الجسم إلىٰ الرُّوح والحياة؛ كرمي الصَّيد يصير شيئًا آخر إذا أصاب آدميًّا.

ولا يلزم إذا قال المجروح: «لم يجرحني فلانٌ»، ثمَّ مات منه، وادَّعىٰ الوارث القتل عليه= لم يصحَّ؛ لأنَّ قوله: «لم يجرحني» إنكارٌ وإخبارٌ عن العدم،

[١] «ص» (النسب).
[٢] «ص» (لم).
[٣] «ص» (بصلة)، «أ» (أصله).
[٤] «ص» (الأفعال).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فلا يبتنىٰ صحَّته علىٰ وجود الجرح حقًّا له؛ بل علىٰ العدم، ليصير الخبر حقًّا صدقًا، وانعدام أصل الجرح الذي مات منه[١] من فلانٍ يقتضي انعدام القتل مضافًا إليه ضرورةً، فبطل دعوىٰ الوارث بمقتضىٰ كلامه، لا بمنصوصه، وكينونة القتل والجرح شيئًا واحدًا، حتَّىٰ إذا قال ـ علىٰ سبيل الإبراء ـ فقال: «لا جرح لي عليه»، ثمَّ ادَّعىٰ قتلًا صحَّ علىٰ ما مرَّ.

فثبت الآن أنَّ القتل والقطع شيئان مختلفان ـ كالجدع والفقء ـ لاختلاف محلِّ حكميهما، أحدهما في إبانة جزءٍ محسوسٍ، والآخر في إزالة حياةٍ من الأجزاء، فثبت أنَّ الصَّحيح أنَّ القطع ـ إذا مات منه المجروح ـ يكون قتلًا من الأصل علىٰ سقوط اسم القطع تسميةً وحكمًا من الأصل؛ لا علىٰ سبيل الانقلاب، ولا الانضمام إلىٰ القطع؛ لأنَّه طريق القتل ـ علىٰ ما مرَّ بيانه ـ؛ إلَّا أن ينقطع الابتداء عن الانتهاء بحكمه، فيبقىٰ الابتداء باسم القطع؛ كأنَّه برأ[٢] منه، والانتهاء قتلًا بسببٍ آخر.

إلَّا أنَّهما يقولان: إنَّ ابتداء القطع له ضمان نفسه؛ كما لو برئ[٣]، ثمَّ ينقلب بالسِّراية إلىٰ شيءٍ آخر، كالبيض ينقلب صيدًا؛ إلَّا أن يتبيَّن أنَّه كان صيدًا، فصحَّحا العفو عن ضمان القطع لقيامه للحال، وكذلك القصاص لثبوت المساواة للحال، ولصحَّة البراءة، وتغيُّر حكم الجملة[٤] يصير مقطوعًا؛ كما لو برئ.

وأبو حنيفة يقول: ليس يصير قتلًا بانقلابٍ، فإنَّه لو كان كذلك لما كان

---

[١] «أ» (فيه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (بدا).

[٣] «ص» (بدا).

[٤] «ص» (وتغيير الحكم حكم الجملة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الموجود قبل أن ينقلب سببًا[١]، فكان لا يجوز تعجيل الكفَّارة قبل الموت؛ كما لا يجوز تعجيل الكفَّارة قبل الحنث، واليمين هو السَّبب؛ لأنَّه لا يكون سببًا ما لم ينقلب مرسلًا في حقِّ إيجاب الكفَّارة بعد ما كان معلَّقًا[٢].

فاليمين في حقِّ الكفَّارة كقوله: «إن دخلت الدَّار فعليَّ إطعام عشرة مساكين»، والحنث بمنزلة الدُّخول، فلمَّا جاز التَّعجيل ههنا عُلم أنَّه بنفسه يصير قتلًا. كالنِّصاب لا يكون علَّة الوجوب إلَّا بعد البقاء حولًا؛ وإنَّه لا ينقلب شيئًا آخر؛ بل هو ذلك النِّصاب بعينه، وإنَّما تتمُّ صفة النُّموِّ بالمدَّة، فكذا ههنا هو ذلك القطع؛ إلَّا أنَّه وصف عمله بأن[٣] عمل في الحياة، وكيف ينقلب، وهو بصورته لم يتبدَّل ولا تغيَّر، إنَّما ازداد وصف السِّراية إلى الموت، فإذا كان كذلك لم يثبت له حكمٌ متقرِّرٌ للحال يمكن بناء أمرٍ عليه. فإنَّا متى أثبتنا ذلك، ثمَّ أسقطناه بحكمٍ آخر لا بدَّ من علَّتين نجعل إحداهما ناسخةً للأخرى، وحينئذ لا يستقيم تعجيل ما تعلَّق بالأخرى بقيام الأولى؛ بل له أحد حكمين، إمَّا قطعٌ أو نفسٌ لا يعرف ذلك إلَّا بالمآل، فلا تثبت البراءة في الفصل الأوَّل بحكم القصاص؛ لأنَّه لم يثبت أنَّه قطعٌ بعد.

وفي الفصل الثَّاني: لا تثبت البراءة مطلقًا عن القطع؛ لأنَّ حقَّه القتل قصاصًا، وإنَّما يكون قتلًا إذا مات منه، ولم يثبت، وإنَّما يكون قصاصًا إذا بقي القتل الأوَّل، وقد سقط بالعفو كلِّه.

وفي الفصل الثَّالث: إنَّما يصحُّ العفو إذا ثبت أنَّه قطعٌ، ولم يثبت بعد، أو

---

[١] «ص» (شيئا).

[٢] «ص» (كانت معجلة).

[٣] «ص» (بل).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

تبيَّن أنَّه قبلُ[١]، والله أعلم.

|١٣٢١| مسألةٌ: إذا قتل الرَّجل عمدًا، وترك ورثةً صغارًا وكبارًا، كان للكبار حقُّ استيفاء القصاص عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: لا يملك[٢].

لأنَّ القصاص أحد[٣] ضماني القتل للعباد، فلا يملك الواحد من الورثة استيفاء الكلِّ؛ قياسًا على الدِّية.

وكما إذا كانوا كبارًا كلُّهم، وبعضهم غُيَّبٌ؛ وهذا لأنَّ القصاص لمَّا وجب حقًّا للعباد كالدِّية عُلم أنَّه واجبٌ بإزاء المقتول، فيجب له، ثمَّ يورث عنه كالدِّية.

ولأنَّهم ما استحقُّوا إلَّا بأسباب إرث المال، والله تعالى علَّق ببعضها النِّصف، وببعضها الثُّلث، وببعضها للذَّكر مثل حظِّ الانثيين، ولم يوجب كمَلًا لكلِّ واحدٍ. ألا ترى أنَّه إذا عفا أحدهم تحوَّل نصيب الباقين مالًا، ولو ثبت الكلُّ له لم يبق ضمانٌ آخر؛ كما لو تفرَّد، أو لو ثبت لكلِّ واحدٍ منهما قتل لملك الباقي قتله؛ كما إذا قتل[٤] رجلين، ثمَّ عفا وليُّ أحدهما.

ولا معنى لقولكم: إنَّ القصاص لا يقبل التَّجزي؛ لأنَّه لا يحتمله في حقِّ من عليه؛ لأنَّه لا يتصوَّر أن يجب بعضه دون بعضٍ، أو يقتل بعضه دون بعضٍ،

[١] «أ» (قتل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «ص» (لا يكون).
[٣] «أ» (من أحد)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» (قتلا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فأمَّا في حقِّ المستحقِّين[١]، فجائزٌ ذلك إذا وجب لهم جملةً في حقِّ المحلِّ الذي لا يقبل التَّجزِّي؛ [لأنّه لا يتصوَّر أن يُضاف إليهم جملةً][٢]؛ كعبدٍ بين اثنين أعتقاه، ثمَّ قُتل يجب لهما قصاصٌ واحدٌ بينهما[٣].

وكذلك الرَّهن عندنا لا يصحُّ شائعًا، ولو رهن عند[٤] رجلين [شيئًا][٥] صحَّ، وانقسم في حقِّهما[٦]، حتَّىٰ وجبت[٧] القسمة بينهما، وحبس كلُّ واحدٍ منهما النِّصف؛ لأنَّ الآبي والمانع للتَّجزِّي[٨] محلُّ الرَّهن بدليلٍ عُرِفَ، وإذا أُضيف إليه العقد جملةً صار الكلُّ مرهونًا جملةً بلا تجزٍّ، فلم يفسد لتجزٍّ ظهر في حقِّ المرتهنين، حتَّىٰ لا يملك أحدهما إلَّا حبس النِّصف ما بقي حقُّ الآخر معتبرًا معه.

وكذلك ولاية النِّكاح لا يثبت علىٰ نصف الشَّخص، وإذا أعتقا أمةً ثبت لهما جملةً ولاية النِّكاح، لا يملك أحدهما التَّفرُّد بالاستيفاء.

ولا يلزمنا إن قلنا: إذا قتل أحد الورثة لم يضمن شيئًا؛ لأنَّ أجنبيًّا لو قتله لم يضمن لهم شيئًا، فكذلك هذا في حقِّ سائر الورثة[٩].

---

[١] «ص» (المستحق).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» زيادة (وكذلك رجلٌ قطع يميني رجلين فإنَّهما يقطعان يمينه فيما بينهما ويأخذان الأرش بينهما، فصار القطع بينهما نصفين وأنَّه لا يتجزَّأ في نفسه).

[٤] «ص» (عبد).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (وانقسم عليهما).

[٧] «أ» (وجب)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] «ص» (لأن الاثنين للتجزي).

[٩] «ص» زيادة (وأمَّا للمقتول فلما ذكرنا أنَّ الوجوب عليه غير متجزٍّ فيصير في حقِّ المحلِّ كأنَّ=

CamScanner

ألا ترىٰ أنَّ المرتهنين متجزٌّ حقُّهما فيما بينهما، لا يملك أحدهما إبطال حقِّ الآخر[١]، وفي حقِّ المحلِّ لا تجزِّي، حتَّىٰ إذا قضىٰ الرَّاهن دين أحدهما لم يستردَّ النِّصف الذي كان في يد من قضىٰ له دينه؛ بل يحبسه الآخر، كأنَّه [كان][٢] هو المرتهن وحده بجميع الدَّينين، وقضىٰ بعض حقِّه، فيبقىٰ له حقُّ الحبس إلىٰ آخره.

وعلىٰ هذا كان يجب أن يبقىٰ للباقين حقُّ القصاص إذا عفا أحدهم، ولهذا اختلف فيه الصَّحابة؛ إلَّا أنَّه بابٌ يسقط بالشُّبهة، وقد أخذ شبهة التَّجزِّي في حقِّ المستحقِّين[٣] علىٰ ما مرَّ. وهذا يوجب أن لا يبقىٰ للباقين الكلَّ، فسقط بالشُّبهة؛ كما لو تجزَّأ حقيقةً.

علىٰ أنَّا قلنا: إنَّ القصاص يجب للميِّت أوَّلًا جملةً، ثمَّ الورثة يقومون مقامه؛ كأنَّه هو، فما[٤] لم يجتمعوا جملةً لا يصيرون[٥] كالميِّت، فلا يملكون[٦] استيفاء كلِّ ما كان للميِّت؛ كما في سائر حقوقه، إلَّا فيما يقبل الانقسام عليهم.

ولا إشكال[٧] في وليِّ قصاصٍ مات عن ورثةٍ قبل الاستيفاء= أنَّ ورثته

= كلَّ واحدٍ استحقَّ الكلَّ).

[١] «أ» «ن» (وأما الراهنين فتجري حقوقهما فيما بينهما لا يملك أحدهما إبطال الآخر)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» (المستحق).

[٤] «ص» (فلما).

[٥] «ص» (يعتبرون).

[٦] «ن» (يكون)، «أ» (يكون يملكون) ـ والظاهر أن الناسخ أقحم ما كان في الحاشية داخل المتن ـ، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (شك).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

قاموا مقامه، وأنَّ القصاص لهم حقٌّ موروثٌ، وأنَّه وجب جملةً، ثمَّ تفرَّق؛ فكذلك ههنا.

وتبيَّن أنَّ القصاص [إن كان][١] لا يجب أجزاءً متفرِّقةً علىٰ من عليه، فيبقىٰ أجزاءً متفرِّقةً للمستحقِّين[٢].

|١٣٢٢| مسألةٌ: ولهذا قلنا: إنَّ أحد الورثة إذا أثبت[٣] القصاص بقتل وليِّه ثبت للكلِّ.

لأنَّه حقٌّ موروثٌ كسائر الدُّيون، فيكون الواحد من الورثة خصمًا عن الجميع؛ لأنَّ الإيجاب للميِّت، فإنَّهم بمنزلة الوكلاء عنه حال الحياة، فيملك كلُّ واحدٍ من الوكلاء في الخصومة التَّفرُّد بها علىٰ ما عُرف، هذا طريقهم، وهو حسنٌ واضحٌ.

ولأبي حنيفة: أنَّ حقَّ القتل ثابتٌ لكلِّ واحدٍ منهم علىٰ الكمال؛ كأنَّه لا وارث معه غيره، أو كأنَّه قتل رجالًا لكلِّ وليٍّ علىٰ حدةٍ، فإنَّ كلَّ واحدٍ يستحقُّ قتلًا علىٰ الكمال.

والدَّليل عليه: أنَّ القصاص يثبت للورثة ابتداءً لا إرثًا عن الميِّت، والله تعالىٰ أثبت لهم الحقَّ بأسباب الإرث باسم النِّصف والثُّلث، والرُّبع، والثُّلثين، أو للذَّكر مثل حظِّ الأنثيين، فأوجب لهم بسهامٍ[٤] مفصَّلةٍ، وهي عبارةٌ عن

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (للمستحق).
[٣] «أ» (ثبت)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» (سهام)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

البعض، وقد تعذَّر إيجاب البعض ابتداءً بالإجماع، فإمَّا أن يبطل الوجوب، أو يجب كملًا لكلٍّ واحدٍ لما مرَّ ـ من قبل هذه ـ في عشرةٍ قتلوا واحدًا، يكون[١] كملًا لهم لحقوقهم عليه. ولم يبطل فيما نحن [فيه]، فعلمنا أنَّه وجب كملًا لكلِّ واحدٍ في حقِّ كلِّ واحدٍ، ولأنَّه[٢] لو بطل لم يجب قصاصٌ أبدًا؛ لأنَّه يجب للورثة، وهم عددٌ في الأغلب.

ألا ترى أنَّهم قالوا في الرَّهن: إذا رهن مالًا عند جماعةٍ لكلٍّ سهمٌ معلومٌ= لم يجز ـ وإن أضاف العقد جملةً إلى الرَّهن ـ؛ لأنَّه لم يثبت الاستحقاق لهم بجملة العقد؛ بل بسهامٍ مفصَّلةٍ هي عبارةٌ عن الأجزاء، فبطل؛ كما لو رهن عند كلٍّ واحدٍ ثلثًا وربعًا وسدسًا[٣] بعقودٍ مختلفةٍ. فثبت أنَّه لا فرق بين تفرُّق الأسباب، وبين تفرُّق السِّهام في حالةٍ واحدةٍ، [ثمَّ][٤] لم يجز أن يثبت لكلِّ إنسانٍ بعض القصاص بأسبابٍ شتَّى متفرِّقةٍ، فكذلك بسببٍ واحدٍ جملةً.

❁ فإن قيل: إنَّ الله تعالى لمَّا أثبت التَّفصيل فيما تركه الميِّت، فيكون التَّفصيل في البقاء بعد الوجوب، وإنَّه مستقيمٌ ـ على ما ذكرنا ـ من طريقين.

❁ قلنا: إنَّ القصاص لا يثبت إلَّا للورثة ابتداءً؛ لكن على سهام المواريث.

بدليل: أنَّه يجب بعد الموت، والموت ينافي بقاء الملك للميِّت، فيمنع ابتداء الثُّبوت له؛ إلَّا أنَّ المال قد يصير في حكم ملكه ـ وإن وجب بعد موته ـ؛ لأنَّ الشَّرع بقَّى للميِّت حقَّ المالكيَّة ليتدارك به ما فرَّط في حال حياته ممَّا يقضي

---

[١] «ص» (أو يكون).

[٢] «ص» (وإلا).

[٣] «ص» (أو ربعا أو سدسا).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بملكه[١]، فبقي شرعًا بخلاف القياس. كما ثبت الملك بالإرث والإيصاء للنُّطفة في الرَّحم بالشَّرع بخلاف القياس، لإلحاقنا إيَّاه بالأحياء حكمًا وإن كان ماء مهينًا.

ولمَّا وجب إبقاء[٢] حكم الحياة، والمالكيَّة بعد الموت شرعًا لحكمة[٣] تداركِ حقوقه= اقتصر[٤] علىٰ ما يمكن التَّدارك منه، ولا يمكن من القصاص، فلا نجعله ملكًا له؛ بل نقيم الورثة مقام الميِّت في ابتداء وقوع الملك لهم؛ كما يقوم الموكل بالشِّراء مقام الوكيل بالشِّراء في ابتداء وقوع الملك له في المبيع، وإن كان الشِّراء واقعًا للوكيل علىٰ ما ثبت من مذهبنا. وكذلك المولىٰ مع عبده المأذون.

وكذلك الموصىٰ له[٥] بثلث المال لا يملك شيئًا من القصاص؛ لأنَّه ليس بمالٍ، ولو كان ضمانُ النَّفس ديةً ثبت الثُّلث له، وكذلك لو انقلب القصاص مالًا.

ولمَّا ثبت أنَّه يجب للورثة ابتداءً باسم النِّصف لم يمكن[٦] الإيجاب شائعًا، وقد ثبت الوجوب بالإجماع ثبت أنَّه يجب كملًا.

وهذا كما قلنا: إنَّ الرَّهن لجماعةٍ منقسمٌ في حقِّهم بينهم، وفيما بين كلِّ

[١] «ص» (يقتضي تملكه).

[٢] «ص» (إبقاء).

[٣] «أ» (لحكمه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (فيصير).

[٥] «أ» (الوصاله)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (يكن).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

واحدٍ منهم، والرَّهن والرَّاهن؛ كأنَّه ارتهن وحده، فصار عقودًا في جانبٍ لا يقبل التَّجزِّي، وعقدًا واحدًا على الشَّركة في جانبٍ قبل التَّجزِّي. فكذا ههنا القصاص واحدٌ في حقِّ من عليه؛ لأنَّه [جاء][١] بقتلٍ واحدٍ، واستغنى عن العدد لصحَّة الوجوب عليه، وفي حقِّ المستحقِّين في حكم أعدادٍ؛ لأنَّ الإيجاب لهم لم يستقم إلَّا بهذا الطَّريق، وإنَّه ليس بإيجاب زيادةٍ في حقِّ المقتول؛ لأنَّ هذا العدد لا يظهر في حقِّه بوجهٍ. وإذا كان كذلك ملك كلُّ واحدٍ الاستيفاء بانفراده؛ لأنَّه لا زيادة في حقِّ القاتل الذي عليه القصاص، وإذا عفا [أحدهم][٢] لم يبق للباقين؛ لأنَّه لا يبقى إلَّا بأن نجعله أعدادًا في حقِّ من عليه، وفي حقِّه هو واحدٌ.

ولا يلزم إذا كان الشَّريك غائبًا كبيرًا؛ لأنَّ المانع قيام شبهة السُّقوط بتوهُّم عفو الغائب، ومع شبهة الإسقاط لا يستوفى القصاص، وإن ثبت لواحدٍ على واحدٍ، ولا مناظرة لهم معنا في تحقيق الشُّبهة؛ لأنَّا نذبُّ عن صاحب المذهب، ونصّ صاحب المذهب: على أنِّي منعت إذا غاب الكبير لشبهة السُّقوط.

فإن لم يمكنه إثبات الشُّبهة[٣] لم يثبت الخطأ فيما نحن فيه؛ بل يثبت في تلك المسألة، ويلزمه أن يقول بالوجوب فيها، ولا مناظرة في تلك المسألة. فأمَّا القصاص الموروث بموت الوليِّ فلا رواية فيه. وكذلك لا رواية في عبدٍ أعتقه رجلان، ثمَّ قُتل، أو قُتل وله موليان، ويجوز أن لا يثبت القتل لأحدهما إلَّا إذا اجتمعا. كما في إنكاح الأمة أعتقها رجلان، أو قبل الإعتاق؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مالكٌ للنِّصف، والولاية على الشَّخص لا تثبت إلَّا بالكلِّ، والكلُّ لا يثبت

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (الشبه)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إلَّا بهما، فقاما مقام رجلٍ واحدٍ؛ والواحد منهما كنصف رجلٍ في شطر[1] العلَّة.

فأمَّا أسباب الاستحقاق لكلٍّ[2] وارثٍ فكامل علَّة بنفسه بلا شرط ضمٍّ الآخر إليه، والسَّبب في الكمال مع شريكه كما هو لولا الشَّريك؛ كما في ولاية المناكح، فلا يكون الواحد كبعض المستحقِّ، ولا يُشترط الاجتماع للاستحقاق؛ بل كلٌّ[3] يستحقُّ بسببه[4]، فإن كان الموروث قابلًا للتَّجزِّي ملكه كذلك، والأصل استحقَّ الكلَّ[5] في حقِّ الاستيفاء؛ لأنَّ هذه الزِّيادة تُثبت استحقاقه، ولا تضرُّ[6] بالمستحقِّ عليه، على ما ذكرنا: أنَّ العدد لا يثبت في حقِّه، فتفارق مسألة إرث القصاص مسألة مولى العتاقة. كما قالوا في النِّكاح: إنَّ كلَّ واحدٍ من الأولياء يزوِّج المرأة، والموالي إذا أعتقوها لم يملكوا التَّزويج إلَّا بعد الاجتماع، وكذلك قبل الإعتاق. ألا ترى أنَّ العلَّة ثبوت الولاء[7]، ولا يثبت إلَّا بالإعتاق، والنِّصف لا يكون إعتاقًا بانفراده، ولا يوجب ولاية[8] التَّصرُّف، فكذا فيما نحن فيه؛ إلَّا أنَّه يُقال عليه: إنَّما يجعل الواحد أعدادًا حكمًا بعلَّة أنَّه لا يمكن الإثبات أبعاضًا، وههنا يمكن الإثبات بإقامتهم مقام الميِّت بسهامهم، فيصيرون جملةً؛ كنفسٍ واحدةٍ بحكم القيام مقامه، فيكون هذا أيسر من جعل القصاص الواحد أعدادًا في حقِّ الاستيفاء.

---

[1] «أ» «ن» (وشطر)، والمثبت من «ص».

[2] «ص» (فكل).

[3] «أ» (كان)، والمثبت من «ن» و«ص».

[4] «ص» (نصيبه).

[5] «ص» (كذلك).

[6] «ن» (يصير).

[7] «ص» (الولاية).

[8] «ن» (ولا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

دلَّ عليه: أنَّ الزَّوجية ما جعلت علَّةً لاستحقاق الجميع بحالٍ، فبطل قوله: إنَّ العلَّة كملت لكلِّ شخصٍ.

فحاصل كلام أبي حنيفة يرجع إلىٰ أنَّ سبب استحقاق بعض القصاص متىٰ ثبت بعضًا[١] استحقَّ كلًّا؛ لأنَّه لا يقبل التَّجزِّي؛ كمن طلَّق [نصف][٢] امرأته، أو تزوَّج نصف امرأةٍ، وما يجري هذا المجرىٰ ممَّا يثبت باسم النِّصف، والمستحقُّ غير قابلٍ للتَّجزِّي.

❁ فإن قيل: العبد لا يقبل التَّجزِّي، وثبت ملكه لجماعةٍ، وكذلك الدُّرَّة وما لا ينقسم ويتلاشىٰ إذا قسم.

❁ قلنا: لا جرم إذا ملك[٣] جماعةٌ ما ملك كلُّ إنسانٍ عبدًا ولا درَّةً، إنَّما ملك جزءًا منها لا يسمَّىٰ عبدًا ولا درَّةً.

حتَّىٰ قلنا: في عبدين[٤] بين اثنين لا يلزمهما صدقة الفطر؛ لأنَّ الوجوب معلَّقٌ بملك العبد، وما ملك كلُّ واحدٍ [منهما][٥] عبدًا؛ غير أنَّ العبد بنفسه أجزاءٌ مجتمعةٌ، وكذلك الدُّرَّة، فصارت [مالًا][٦] بالأجزاء مستحقَّةً لذلك[٧] الاسم، فقبل ملكه، والمملوك هو الأجزاء المتجزِّئ.

---

[١] «ن» «أ» (بقضاء)، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (ملكه).
[٤] «ص» (عبد).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٧] «أ» (كذلك)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فإنَّ ثبوت الحياة للشَّخص أو زوالها، فممَّا لا يقبل التَّجزِّي ثبوتًا، ولا زوالًا.

والشَّيخ أنَّهما يقولان: [إنَّما][١] لا نثبت حقَّ القصاص أبعاضًا لجماعةٍ؛ [لكنَّا نجعل الجماعة][٢] كشخصٍ واحدٍ في الاستحقاق جملةً؛ كما إذا مات الوليُّ وورث عنه، وفي رجلين أعتقا أمةً في ولاية النِّكاح، والله أعلم.

[١٣٢٣] مسألةٌ: أحد الورثة إذا أقام البيِّنة على القصاص، ثمَّ جاء الباقي= لم يملك قتله حتَّى يقيم البيِّنة ثانيًا على قول أبي حنيفة.

لأنَّ القصاص يثبت لهم ابتداءً لا على سبيل الإرث عن الميِّت على ما مرَّ، فلا يصير بعضهم وكيلًا عن البعض؛ كما إذا اشتروا عبدًا، وجحد البائع، فأقام أحدهم البيِّنة.

بخلاف الدِّية؛ لأنَّها تثبت للميِّت، ثمَّ تورث عنه، لما له فيها من النَّفع من قضاء الدَّين والوصيَّة.

وبخلاف[٣] بدل القصاص، فإنَّه يصلح[٤] للميِّت على ما مرَّ.

فهذه المسألة لا تخرج إلَّا على طريقة[٥] الابتداء، ويجب أن تكون مسألة وليِّ القصاص إذا مات، وورث عنه= أن يكون أحد الورثة إذا أقام البيِّنة أن يثبت

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (وبخلاص).
[٤] «أ» (يصح)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ص» (بهذه المسألة لا يخرج إلا على طريق الابتداء).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

القصاص في حقِّ الكلِّ بلا خلافٍ.

ولا يلزم علىٰ شيءٍ من هذا إذا عفا أحدهم لا يبطل نصيب الباقين؛ لأنَّا أثبتنا التَّجزِّي في حقِّ ولاية الاستيفاء؛ لأنَّه لا يتصوَّر إلَّا كذلك، فأمَّا في حقِّ الإسقاط فصحيحٌ إسقاط البعض دون البعض؛ لأنَّ الباقي يصير مالًا، فيستقيم إثبات البعض دون البعض.

وأبو يوسف ومحمَّد أثبتا الكلَّ لكلِّ واحدٍ في حقِّ المحلِّ دون الأولياء، حتَّىٰ إذا استوفاه[١] أحدهم لم يضمن للمقتول شيئًا، ومنعنا الواحد عن الاستيفاء لحقِّ الباقين.

وأبو حنيفة أثبت الكمال لكلِّ واحدٍ في الاستيفاء دون العفو، فصار جانب المحلِّ متَّفقًا عليه، وفي جانب العفو متَّفقا عليه[٢]، وولاية الاستيفاء مختلفًا فيها[٣]؛ في الرَّدِّ إلىٰ طرف المحلِّ أم طرف العفو.

وقد احتجَّ مشايخنا بقتل الحسن بن عليّ بن أبي طالب رضي الله عنهما قاتل أبيه عبد الرحمن بن ملجم(٤)، وكان في عدد ورثة عليٍّ كثرةٌ[٥]، وكان

[١] «أ» «ن» (استوفىٰ)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (وكذلك جانب العفو).

[٣] «أ» «ن» (فيه)، والمثبت من «ص».

(٤) رواه عبد الرزاق (١٨٦٧٢)، وابن أبي شيبة (٣٧٠٩٧)، والحاكم في «مستدركه» (٤٧١٦)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٦١٦٠) عن الشعبي، ولفظ الحاكم: «لما ضرب ابن ملجم عليا تلك الضربة أوصىٰ به علي فقال: قد ضربني فأحسنوا إليه، وألينوا له فراشه، فإن أعش فهضم أو قصاص، وإن أمت فعاجلوه، فإني مخاصمه عند ربي عز وجل».

وعند ابن أبي شيبة: «إن أنا مت فاقتلوه إن شئتم أو دعوه، وإن أنا نجوت كان القصاص».

[٥] «أ» (كبيره)، «ن» (كبره)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فيهم[١] الصِّغار. فهذا قتل رُوي عنه، ولم يظهر له سببٌ صحيحٌ غير قتل أبيه[٢]، فصار مضافًا إليه، وكان قصاصًا لا حدًّا. ولأنَّه لم يثبت أنَّه كان إمامًا، حتَّىٰ يقتله حدًّا.

ولأنَّ أباه عليًّا كان قال له ـ حين بلغه أخذ عبد الرَّحمن ـ: «أن احبسه فإن صحِحتُ[٣] فأنا أعلم به، وإن متُّ فاقتله إن شئت». ورُوي هذا عن علي رضي الله عنه، فيصير مذهبًا له أيضًا، ويكون قوله: «اقتله إن شئت» دليلًا علىٰ أنَّه قصاصٌ، والحدُّ ممَّا يجب علىٰ الإمام إقامته. وكذلك لم يثبت لنا أنَّ عبد الرَّحمن كفر بالله، إنَّما نُقِل قتلُه عليًّا، والقتل ـ وإن كان كبيرةً ـ فلا يوجب الكفر.

ولأنَّ عليًّا قال له: «اقتله إن شئت»، وعلىٰ الكفر يجب القتل حتمًا؛ إلَّا أنَّه رُوي[٤] أنَّ الحسن مَثَّلَه(٥)، والمُثلة لا تجب قصاصًا، فدلَّ أنَّه سياسةٌ[٦]، وإنَّه أمرٌ مشكلٌ، والله أعلم.

|١٣٢٤| مسألةٌ: القصاص يستوفيه الرِّجال والنِّساء.

وقال الشَّافعي: لا حظَّ للنِّساء في الاستيفاء، ولهنَّ حقُّ العفو(٧).

---

[١] «ص» (منهم).

[٢] «ص» (ابنه).

[٣] «ص» (صحيت).

[٤] «ص» (ألا ترىٰ).

(٥) روي ذلك من صنيع الحسين رضي الله عنه، حيث روىٰ عبد الرزاق (١٨٦٧٢) عن ابن جريج، قال: أخبرني عبد الكريم، أخبرني قثم مولىٰ الفضل: أن عليا دعا حسينا ومحمدا، فقال: بحقي لما حبستما الرجل، فإن مت منها فقدماه فاقتلاه، ولا تمثلا به، قال: فقطعاه وحرقاه، قال: ونهاهما الحسن رضي الله عنه».

[٦] «ص» (نشأ منه).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير» (١٢/١٠٠).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّ المرأة ليست من أهل القتل لضعفها[١]، ولهذا لا تُقتل[٢] الكافرة الأصليَّة، ولا يُضرب عليهنَّ الجزية الواجبة مكان القتل، فصارت ـ وإن كانت كبيرةً ـ في حقِّ استيفاء القتل كالصَّغيرة؛ ولكنَّها تملك العفو؛ لأنَّها كبيرةٌ[٣].

وهذا كما قلنا: إنَّ المرأة لا تلي عقد النِّكاح، وتملك الردَّ إذا أنكحت[٤] بغير إذنها؛ لأنَّها ليست من أهل المباشرة للحياء الذي بهنَّ، وذلك الحياء في غير البكر لا يبلغ مبلغًا[٥] يمنعها عن التَّكلم بالرَّدِّ أو الاختيار.

أو نقول: إنَّ طريق القصاص طريق الولايات على الغير دون الأملاك من وجهٍ، بدليل أنَّه لا يظهر من ذلك الملك شيءٌ إلَّا القتل الذي هو تصرُّف. فأمَّا القاتل فنفسه على الحقيقة مملوكةٌ [له][٦] لا للوليِّ على ما مرَّ. ومن وجه يثبت[٧] للوليِّ ضرب ملك على القاتل على ما مرَّ شرحه. فمن حيث أشبه الولاية حجرناها عن الاستيفاء، فالولاية فيه تثبت، كما حجرناها عن ولاية النِّكاح والتَّصرُّف في مال الصِّغار إلَّا بتولية[٨]، ومن حيث أشبه الأملاك أيضًا أثبتنا لها حقَّ العفو والاعتياض، وما ليس فيه استيفاء، وتصرُّف قصاصًا[٩].

---

[١] «أ» (ليضعفهن)، «ن» (لضعفهن)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (تقبل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (فكانت في حكم الكبيرة).
[٤] «أ» «ن» (نكحت)، والمثبت من «ص».
[٥] «ن» «أ» (مبلغها)، والمثبت من «ص».
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «ص» (وقد ثبت).
[٨] «أ» (بتوليته)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٩] «أ» (قياسا)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

ولنا: أنَّ القصاص مبنيٌّ على ملك الوليِّ[١] على القاتل، كما يثبت للزَّوج على المرأة بعقد النِّكاح، ثمَّ القتل مملوكٌ له[٢] بناءً على ملك المحلِّ؛ كما يملك الرَّجل الوطء بحكم ملك المحلِّ، على ما مرَّ بيانه.

والمرأة تساوي الرَّجل في الولاية الثَّابتة بحقِّ الملك، إنَّما تفارقه فيما يثبت من الولاية على الغير نظرًا له لنقصان عقلها، وضعف رأيها، ولمَّا ثبت للمرأة ضرب ملكٍ - حتَّى ملكت العفو والصُّلح - ثبتت لها ولاية الاستيفاء.

والجواب عن قوله: «إنَّها ليست من أهل القتل» أنَّها إن لم تقدر وكَّلت - فإنَّها من أهل التَّوكيل -، والتَّوكيل صحيحٌ بالاستيفاء.

|١٣٢٥| **مسألةٌ**: وقال بعض النَّاس: لا حقَّ للنِّساء في القصاص وبدله، ولا[٣] الدِّية.

لأنَّه يجب بعد الموت، والنِّكاح منقطعٌ.

ولنا: ما رُوي عن ضحَّاك بن سفيان الكلابيِّ أنَّه قال: «ورد علينا كتاب رسول الله ﷺ أن ورِّث امرأة أشيم الضِّبابي من دية زوجها»(٤).

---

[١] «ص» (المولى).

[٢] «ص» (ابتداء).

[٣] «أ» (ولأن)، والمثبت من «ن».

(٤) رواه مالك (١٢٧٢/٥، رقم: ٦٥٢)، وأحمد (١٥٩٨٦)، وأبو داود (٢٩٢٧)، والترمذي (١٤١٥)، وابن ماجه (٢٦٤٢)، والنسائي في «الكبرى» (٦٣٢٩). قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم». وقال الدارقطني: «يرويه مالك واختلف عنه فرواه عبد الله بن عمر بن أبان عن ابن المبارك عن مالك عن الزهري عن أنس ووهم فيه،=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأنَّ الدِّية موروثةٌ كسائر الأموال، فتجب للميِّت أوَّلًا، ثمَّ تثبت للوارث، ولا يقع للميِّت إلَّا بأن يستند الوجوب إلىٰ سببه، وهو الجرح. كالرَّجل[١] يرمي صيدًا، فيموت، ثمَّ يصيب الصَّيد= فإنَّه يورث كغيره ـ وإن وجب[٢] بعد موته ـ لهذا المعنىٰ.

علىٰ أنَّ النّكاح باقٍ عندنا إلىٰ أن تنقضي العدَّة، حتَّىٰ إنَّها تغسِّل زوجها [لهذا المعنىٰ، والله أعلم][٣].

= وغيره يرويه عن ابن المبارك عن مالك عن الزهري مرسلا، وكذلك رواه أصحاب مالك عنه وهو الصواب». العلل الواردة في الأحاديث النبوية (١٢/١٨٠). قال ابن عبد البر في «التمهيد» (١٢/١١٥): «هذا الحديث عند جماعة أهل العلم صحيح معمول به غير مختلف فيه».

[١] «ص» (كالذي).

[٢] «ص» (لغيره وإن وجد).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فَصْلٌ
الشُّبهة بالآلة

|١٣٢٦| مسألة الآلة، قال أبو حنيفة في الأصل: لا يجب القصاص إلَّا بما يقتل جَرحًا من حديدٍ، أو خشبٍ له حدٌّ، أو نارٌ، أو بالحديد إذا كان دقًّا، ولا يجب بما سواه.

وعلىٰ رواية الطَّحاوي: لا قصاص إلَّا بما قتل جَرحًا؛ لا دقًّا.

وقال أبو يوسف، ومحمَّد والشَّافعي(١): كلُّ آلةٍ يقصد بمثلها قتل النُّفوس وجب بها القصاص؛ كالدَّقِّ بعصا كبيرة[٢]، أو بحجرٍ ثقيلٍ، ولا يجب بالعصا الصَّغيرة[٣]، والسَّوط، والسُّمِّ، وسقي الأدوية.

وقال الشَّافعي وحده: يجب بالعصا الصَّغيرة، والسَّوط، إذا والىٰ [بين][٤] ضرباته حتَّىٰ مات، ولا يجب إذا لم يوال(٥).

أمَّا الشَّافعي فإنَّه يقول: إنَّ السَّوط بلا موالاةٍ [إنما يُقصد به التَّأديب، فصار القتل خطأً، فأمَّا الموالاة بالسَّوط إلىٰ أن يموت فسببٌ للموت[٦] علىٰ سبيل القصد؛ كالضَّرب بالكبير بلا موالاةٍ][٧]. فيصير الضَّارب مواليًا عامدًا قتلَه،

(١) انظر: «مختصر المزني» (٨/٣٤٤)، و«الحاوي الكبير» (١٢/٣٥).
[٢] «ن» «أ» (كبير)، والمثبت من «ص».
[٣] «ن» «أ» (الصغير)، والمثبت من «ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
(٥) انظر: «مختصر المزني» (٨/٣٤٤)، و«الحاوي الكبير» (١٢/٣٥).
[٦] «ص» (فيثبت الموت).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فقد[١] قصده بسببه[٢] الموضوع له ، فلا يبقىٰ شبهةً ؛ كما بالكبير[٣] ، وإذا لم يوال كان الفعل تأديبًا ، لا قتلًا ؛ كما في حقِّ الدَّوابِّ والعبيد ، فإن أدَّىٰ إلىٰ التَّلف كان خطأً علىٰ بناء وضعه وقصده.

وبخلاف الجرح فإنَّه سبب التَّلف وضعًا ، فإنَّ القوام بالبنية[٤] وهذا نقضٌ للبنية[٥] ـ وإن قلَّ ـ ، فكان من الإتلاف. ألا ترىٰ أنَّه لا يفعل مختارًا إلَّا لطلب شفاءٍ لدفع[٦] مرضٍ ، أو إقامة حقِّ الله تعالىٰ ؛ كما تقتل النَّفس لحقِّ الله ، وكما يشرب السُّمَّ القاتل لدفع ما هو شرٌّ منه ؛ لا أن يكون ذلك غذاء[٧] وضعًا. وكذلك البزغ والختان ليسا من التَّأديب[٨] والتَّهذيب في شيءٍ ؛ بل صير إلىٰ الختان لإقامة أمر الله ، حتَّىٰ لم يشتغل به من لم يعرف الأمر ، والفصد[٩] يُصار إليه لدفع شرٍّ فوقه. والضَّرب تأديبًا قد يُصار إليه لطلب زيادة منفعةٍ وصلاحٍ علىٰ سبيل الابتداء ، أو الاختيار[١٠] ، فلم يكن من أسباب الفساد وضعًا.

واحتجَّ الجماعة: بالعمومات الموجبة للقصاص من الكتاب والسُّنَّة. وبما رُوي: «أنَّ يهوديًّا رضخ رأس صبيَّةٍ بالحجارة ، فأمر النَّبي ﷺ بأن يرضخ رأسه

---

[١] «ص» (بغير).

[٢] «ص» (سببه).

[٣] «ن» (بالكثير).

[٤] «أ» (بالبينة) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» (نقص بالبينة) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (بطلب شفاء يدفع).

[٧] «أ» «ن» (عمدًا) ، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» (من أهل التأديب) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٩] «ص» (والفعل).

[١٠] «ن» (الاختبار).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بالحجارة»(١). وقال النَّبي ﷺ: «من غرَّق غرَّقناه، ومن حرَّق حرَّقناه»(٢).

قالوا: والمعنى الفقهي يدلُّ عليه: وهو أنَّ كلَّ آلةٍ وجب القصاص بجرحها وجب بكسرها ودقِّها[٣]؛ قياسًا على الحديد. وهذا لأنَّ الحياة متعلِّقةٌ بسلامة البنية، وهي تفوت مرَّة بالدَّقِّ، ومرَّةً بالجرح.

ولأنَّ العمد إلى القتل عادةً بحجر رحى يسقطه على إنسانٍ من السَّطح فوق العمد إليه بجرح إصبع، ونحوه، أو دونه.

ولأنَّ العصا الكبيرة[٤] ممَّا يقاتل بها عادةً؛ كالدَّبُّوس، والهراوة، والحجر ممَّا يرمى به كالسَّهم.

بخلاف السَّوط فإنَّه ممَّا لا يُقاتل[٥] به عادةً، وإنَّما يعدُّ تأديبًا، أو للدَّابة حال الكسل تسييرًا[٦]، فتمكَّن ـ حال الضَّرب به حتَّى مات ـ شبهةُ التَّأديب،

---

(١) رواه البخاري (٢٤١٣)، ومسلم (١٦٧٢)، من حديث أنس رضي الله عنه ـ ولفظ البخاري ـ: «أن يهوديا رض رأس جارية بين حجرين، فقيل لها: من فعل بك، أفلان أو فلان، حتى سمي اليهودي، فأومأت برأسها، فجيء به، فلم يزل حتى اعترف، فأمر النبي ﷺ فرض رأسه بالحجارة».

(٢) رواه البيهقي في «سننه الصغير» (٢٩٦٧) من حديث بشر بن حازم، عن عمران بن نوفل بن يزيد بن البراء، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «من عرض عرضنا له، ومن حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه». وقال في «معرفة السنن والآثار» (٤١٠/١٢): «في هذا الإسناد بعض من يجهل». وقال ابن الجوزي في «التحقيق في مسائل الخلاف» (٣١٧/٢): «وهذا لا يثبت عن رسول الله ﷺ إنما قاله زياد في خطبته». وانظر: «تنقيح التحقيق» للذهبي (٢٣٥/٢)، و«نصب الراية» (٣٤٤/٤)، و«البدر المنير» (٣٨٩/٨).

[٣] «أ» «ن» (بجرحه وجب بكسره ودقه)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (الكبير)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (يقابل).

[٦] «ص» (سيرا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وشبهة أنَّه ليس بعمد قتل.

ولأنَّ الضَّربة الأولىٰ لو مات منها وحدها كان خطأً، ولم يكن موجبًا للقصاص، فالضَّربة الثَّانية والعاشرة معها لا توجبه أيضًا ـ وإن كانت قتلًا ـ. كرجلٍ جرحه رجلٌ خطأً، ثمَّ جرحه عمدًا، فمات منهما[١] = لم يجب القصاص لتمكُّن شبهة الخطأ فيه بانضمام الخطأ إلىٰ العمد. فكذلك هذا فضربتا[٢] السَّوط بينهما تجاوز؛ كضربتي السَّيف وكلٌّ واحدةٍ بانفرادها[٣] تصلح سببًا للموت، ويجب به الضَّمان منفردًا عن الآخر، فكانت عند الاجتماع عللًا.

❁ فإن قيل: إنَّما [لم][٤] يجب القصاص بالواحد؛ لأنَّه أدبٌ في نفسه وضعًا، والموت منه كان خطأً علىٰ اعتبار[٥] الوضع.

كمن رمىٰ صيدًا، فأصاب مسلمًا كان مباحًا له من حيث إنَّه اصطياد في اجتهاده، وانقلب قتلًا خطأً.

فأمَّا إذا قصد الموالاة ـ وهي ليست للأدب ـ صار شيئًا آخر ـ قتل عمدٍ من الأصل[٦] ـ من غير أن يبقىٰ الأوَّل خطأً كما كان.

وكان كمن شرب المثلَّث الشَّديد ـ علىٰ أصلكم ـ دون السّكر للاستمراء[٧]

---

[١] «أ» «ن» (منها)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (نصرفنا).

[٣] «أ» «ن» (واحدٍ بانفراده)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (اعتياد).

[٦] «ص» (الأول).

[٧] «أ» (للاستمرار)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كان مباحًا، وإن والىٰ حتَّىٰ سكر أَثِم، ووجب الحدُّ.

لأنَّه لمَّا والىٰ صار إسكارًا من الأصل، وسقط معنىٰ الاستمراء، ولم يقل: سكرًا بما يمري طعامه، وهو حلالٌ لا يتعلَّق به حدٌّ؛ كالبنج[١]، وبما هو حرامٌ، وهو القدح الأخير، فلا يجب الحدُّ [للشُّبهة؛ بل أوجب الحدَّ][٢]؛ لأنَّه من أوَّله يصير للإسكار عند الموالاة، ويصير شيئًا آخر.

۞ قلنا: إنَّ الشَّربة الأولىٰ مع الأخيرة صارت مسكرةً، ولو أسكرت بنفسها لوجب الحدُّ ولم يسقط، بسبب أنَّها لا تسكر عادة، وحيث أسكرت[٣] كان خطأً، فلم تصر الأولىٰ مانعةً وجوب الحدِّ، فلم توجب شبهة المنع مع الأخيرة، وإنَّما لم توجب الحدَّ حال الانفراد؛ لأنَّها لم تسكر، والعاشرة[٤] كذلك إذا لم تسكر لا توجبه، فيكون عدم الحدِّ لعدم العلَّة لا لمانعٍ.

وههنا الضَّربة الأولىٰ، وإن قتلت[٥] منعت الآلة وجوب القصاص؛ كالجرح خطأً، فكان السُّقوط بمانعٍ لا لانعدام[٦] العلَّة، وهي القتل.

وشبهته: أنَّ العلَّة هي[٧] القتل، والجرح سببٌ موضوعٌ له ـ علىٰ ما بيَّنَّا ـ، فإذا اجتمعت الجراح سمِّيت أسبابًا، وعللًا.

---

[١] «ص» (كالمبيح).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» «ن» (أنه لا يسكر... أسكر)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» (والعاشر)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «أ» (قبلت)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» (الانعدام)، «ص» (لانعدم)، والمثبت من «ن»
[٧] «أ» «ن» (هو)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فأمَّا الضَّربة بالسَّوط فموضوعةٌ للتَّأديب عند [عدم][١] الموالاة، وللقتل إذا جاءت الموالاة من حيث العادة، فعند الموالاة لا تجعل الضَّربات عللًا للقتل عمدًا؛ بل نجعلها علَّةً واحدةً.

كما في السّكر بشرب الأقداح [لا يجعَل الأقداح][٢] عللًا لاعتبار الوضع عادةً، فإنَّ الواحد عادةً يشرب للاستمراء؛ لا للإسكار[٣]، وإن كان القدح قد يُسكر نادرًا لضعف[٤] الشَّارب، والأحكام لا تبنىٰ علىٰ النَّوادر.

والجواب عن هذا: أن الضَّربة الأولىٰ لمَّا صلحت للقتل ـ إذا انفردت ـ وجاء[٥] الموت عقيبها لم يضطرَّ إلىٰ ضمٍّ وصفٍ آخر [إليها][٦] عند الاجتماع، فبقيت علَّة؛ كالجرح سواءً. وكذلك نجعل القدح [الأوَّل][٧] لمَّا صلح [علَّةً][٧] للإسكار بنفسه في الجملة، فعند الاجتماع لا نخرجه من أن يكون علَّةً، غير أنَّها بانفرادها لو أسكرت أوجبت الحدَّ ـ وإن قصد الشَّارب الاستمراء ـ، فعند الاجتماع لم يوجب شبهةً مسقطةً.

وأمَّا الحجَّة لأبي حنيفة: فما رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «ألا إنَّ قتيل خطإ العمد قتيل السَّوط والعصا فيه مائةٌ من الإبل»(٨)، ولم يفصل بين الموالاة

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (للاستكثار).
[٤] «أ» «ن» (بضعف)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (وجد).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
(٨) رواه أحمد (٦٦٤٤)، والنسائي (٦٩٧٤)، وأبو داود (٤٥٤٧)، وابن ماجه (٢٦٢٧)،=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وغيرها، وبين العصا الصَّغيرة والكبيرة[١].

والاعتراض عليه لأبي يوسف ومحمَّد: أنَّ السَّوط اسمٌ لما يساق به الدَّواب، ويحدُّ به العصاة، والعصا [المطلقة][٢] اسمٌ لما يعتصي[٣] به المرء في ذهابه وقيامه ـ أي: يستعين بها، ويتوكَّأ عليها ـ.

والكبيرة التي تصلح للقتال[٤] ممَّا يثقل حملها[٥] على المرء، ولا يكاد ينتفع بها لهذه الأغراض، فلا تصلح لها، وهي تسمَّى هراوةً[٦]، ولا تسمَّى عصا إلَّا مجازًا، فيصلح هذا حجَّة على الشافعي.

ولأنَّ النَّبي ﷺ سمَّاه خطأ العمد، وما يقتل بلا لبثٍ لا يتمكَّن شبهةَ خطإٍ في قصد الفاعل القتل به[٧].

ويحتجُّ لأبي حنيفة بالمعنى، فيُقال: إنَّ الآلة فيها شبهة أنَّها[٨] ليست بآلة القتل، فلا يجب معها القصاص؛ كالسَّوط.

= وابن حبان (١٥٢٦). عن عبد الله بن عمرو. قال ابن عبد الهادي في «المحرر في الحديث» (ص: ٦١٠): «في إسناده اختلاف». وصححه ابن حبان، وقال ابن القطان: «صحيح ولا يضره الاختلاف وأما رواية ابن عمر فلا لضعف ابن جدعان». وانظر: «نصب الراية» (٤/٣٣١)، و«البدر المنير» (٨/٣٥٥)، و«التلخيص الحبير» (٤/٤٧).

[١] «ن» (الصغير والكبير).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (يقتضي)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (والكبير الذي يصلح للقتال به مما يثقل)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (جملة)، «ن» (حمله)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (ينتفع به... يصلح له... وهو يسمى...)، والمثبت من «ص».

[٧] «ن» (القصد قتلا به)، «ص» (قصد القاتل به).

[٨] «ص» (لأنها).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

والدَّليل على الشُّبهة: أنَّ آلة القتال والقتل في الأصل الحديد، قال الله تعالى: ﴿وَأَنزَلْنَا ٱلْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ﴾ [الحديد: ٢٥]، ولأنَّ خزائن أسلحة الملوك إنَّما تكون من الحديد، وهو المستعمل في القتال غالبًا.

والخشب لا يُستعمل إلَّا نادرًا أو عاريةً، إنَّما الخشب مخلوقٌ للبناء، والإحراق بها، ونحوهما من المنافع؛ لا للبأس[١]، فثبت أنَّ الخشب ليس للقتل خلقةً؛ ولكن ربَّما يُقام مقامه استعمالًا، فلا بدَّ أن يكون دونه. ثمَّ رأينا أنَّ أنواع الحديد[٢] صغيره وكبيره[٣] سواءٌ في إيجاب القصاص جرحًا، وإن كان الصَّغيرة[٤] منها ـ كالإبرة، ونحوها ـ لا تستعمل للقتال والقتل. فإذا عمِل الخشب أو الحجر عمَله أُلحق به، ولم يبق شبهة أنَّها ليست للقتل، فقد جاء بالسَّبب بلا شبهةٍ. وإذا لم يجرح ودقَّ لم يلتحق بالحديد؛ لأنَّ أنواع الحديد في الدَّقِّ ليست سواءً، فإنَّ الحديد إذا أطيل وخفِّف حتَّى صار على وزن السَّهم ونحوه، ثمَّ ضرب بعرضه حتَّى مات المضروب منه لم يجب القصاص؛ لأنَّه دون العمود فتمكَّن فيه[٥] شبهةٌ أنَّه ليس بآلة القتل. وكذلك الخشب لمَّا صار خلقةً دون الحديد أشبه الخفيف من الحديد الذي انحطَّت درجته بالصَّنعة.

وأمَّا الطَّحاوي فلم يعتبر الآلة وفرَّق بين الدَّقِّ والجرح، وأنَّه فعل القتل الذي ركنه، والله أعلم.

---

[١] «ص» (للناس).
[٢] «أ» (الحد)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» «ص» (صغيرة وكبيرة)، والمثبت من «ن».
[٤] «ص» (الصغير).
[٥] «ص» (منه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْلٌ
شبهة الرّكن

وليس لفصل الركن إلَّا مسألتان:

|١٣٢٧| مسألةٌ: إحداهما: هذه فجعل الدَّقِّ قتلًا بشبهةٍ، والجرح عمدًا محضًا.

وذهب إلى أنَّ السَّلامة في اعتدال البنية، والجرح نقص[١] في نفسه لا شبهة فيه، فيتعلَّق به القصاص إلَّا بشبهةٍ في الفاعل أو[٢] المفعول.

فأمَّا الدَّقُّ ففيه شبهة أنَّه ليس سبب القتل؛ لأنَّ الاعتدال[٣] مع الدَّقِّ قائمٌ ظاهرًا، وإنَّما ذهب باطنًا، ثمَّ الحياة وإن تعلَّقت باعتدال الباطن، فقيام الظَّاهر مكَّن شبهة السَّلامة، فلم يجب معها القصاص.

وهذا من أبي حنيفة استقصاءٌ في الاحتيال للدَّرء[٤]، وما قاله أبو يوسف ومحمَّد هو الطَّريق الواضح في تفسير عمد القتل عند النَّاس.

والجواب عن الأخبار: ما مرَّ في مسألة: بيان كيف يقتصُّ من القاتل بهذه الطُّرق، والمسألة الأخرى فيما دون النَّفس.

[١] «ص» (نقض).
[٢] «أ» (و).
[٣] «أ» «ن» (البنية)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (احتيال الدَّرء)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣٢٨| **مسألةٌ**: إذا قطع رجلٌ إصبع رجلٍ، فشُلَّت بجنبها أخرىٰ، أو قطع المفصل الأعلىٰ من إصبعٍ، فشُلَّ ما تحته= لم يجب القصاص عند أبي حنيفة.

وقال الشَّافعي ﵀: يجب القصاص في المقطوع، والأرش في الشَّلل(١).

وقال أبو يوسف ومحمد بقول أبي حنيفة ﵀[٢]: في الإصبع الواحد، وفي الإصبعين؛ كما قاله الشَّافعي.

قالا: لأنَّ عمل القطع متىٰ حلَّ بإصبعين كان في حكم قطعين؛ لأنَّ الفعل يتعدَّد[٣] بقدر[٤] محلِّه. ألا ترىٰ أنَّ من ضرب ضربةً فأبان يدين، أو قتل نفسين[٥] = لزمه قصاصان، أو مالان، ولو ضرب ضربتين، فلم يقتل إلَّا نفسًا واحدةً لزمه ضمانٌ واحدٌ، وإذا صار في حكم فعلين - إذا حلَّ بإصبعين - صار كمن قطع إصبعًا، ثمَّ ضرب أخرىٰ فشلَّها[٦]. وأمَّا إذا كان بإصبعٍ واحدٍ فله حكم فعلٍ واحدٍ؛ لأنَّ المحلَّ واحدٌ، وإذا اعتبر واحدًا - ومن[٧] حكمه أنَّه أبان وسرىٰ - لزم القاطع مثله؛ قطعٌ يُبين ويسري[٨]، ولا يمكن الاستيفاء بهذا الوصف، فلم يجب؛ كما إذا كسر العضو.

---

(١) انظر: «مختصر المزني» (٣٤٨/٨).

[٢] «أ» «ن» (صاحباه بقوله)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (متعدد)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (بتعدد).

[٥] «أ» (تفسيره)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» «ن» (آخر فشلت)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (وبين).

[٨] «أ» (تبين وسرئ)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والشَّافعي يقول: لا فصل[١] بين [الإصبع و][٢] الإصبعين، والمفصلين من إصبعٍ، فمحلُّ القطع ما بان، ومحلُّ السِّراية ما بقي.

وأبو حنيفة يقول: إنَّ الفعل واحدٌ وهو الضَّربة؛ لأنَّها ما حلَّت إلَّا بموضعٍ واحدٍ، ثمَّ البينونة والسِّراية حكماه، فلا يُعتبر فعلين.

بخلاف ما إذا أصاب يدين؛ لأنَّ نفس الضَّربة حلَّت بيدين؛ لأنَّها قطعٌ، وإنَّما يعلم القطع بانقطاع محلِّه، وقد انقطع محلَّان، فعلم أنَّهما قطعان. وفيما نحن ما انقطع إلَّا محلٌّ واحدٌ، وإذا كان واحدًا مُبِينًا وساريًا لم يجب القصاص إلَّا بمثله، وإنَّه غير ممكنٍ، فسقط إلى المال على ما قالا. ألا ترى أنَّه لو قطع المفصل الأعلى من الإصبع، ثمَّ قطع الباقي لزمه القصاص في الأوَّل، والأرش في الثَّاني، وإن كان الإصبع واحدًا ـ وإن كان القطع قطعان ـ؛ لحلولهما بمحلَّين مختلفين من ذلك الإصبع. وكذلك ما نحن فيه يصير واحدًا لحلوله بموضعٍ واحدٍ وإن سرى إلى إصبعٍ أخرى.

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (فضل).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ
الشُّبهة من جهة المقتول

وليُّ القصاص إذا قَتَل من قُضي عليه القصاص، ثمَّ[1] جاء المشهود بقتله حيًّا، وأقرَّ الوليُّ أنَّه تعمَّد القتل بغير حقٍّ= لم يجب القصاص عندنا.

وقال الشَّافعي: إنَّه يُقتل؛ لأنَّه عمدٌ محض(٢).

ولنا: أنَّه قتلٌ بشبهةٍ، والدَّليل على الشُّبهة: أنَّ القضاء من القاضي نفذ على الظَّاهر بحقٍّ؛ لأنَّ القاضي لم يكلَّف علم الباطن. ألا ترى أنَّه قضى بحجَّةٍ ألزمته القضاء به، حتَّى لو امتنع كان يفسق، والقضاء يوجب له ملك القصاص، والقضاء باقٍ يوم قُتل؛ لأنَّ الحجَّة كانت قائمةً على حالها، فإن لم يبح للوليِّ لعلمه[3] بخطإ القاضي بقيت الشُّبهة بقيام الحجَّة[4]؛ كما بقي للأب بقوله: «أنت ومالك لأبيك»(٥)، وإن لم تثبت له الإباحة، والله أعلم.

|١٣٢٩| مسألةٌ: وأمَّا الشُّهود إذا رجعوا، وقالوا: تعمَّدنا الكذب، أو جاء المشهود بقتله حيًّا= لم يكن عليهم قصاص.

---

[1] «أ»، «ن» (قتل بعد القضاء ثم)، والمثبت من «ص».

(٢) انظر: «روضة الطالبين وعمدة المفتين» (٩/١٢٩).

[3] «ص» (فعله).

[4] «ص» (الشبهة).

(٥) تقدَّم أن هذه الجملة رويت في عدة أحاديث، منها: ما رواه وأحمد (٦٧٨٩)، وابن أبي شيبة (٢٣١٥٦)، وأبو داود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩٢) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وقال الشَّافعي(١): يقتلون[٢].

ثمَّ عندنا: لا يُحرمون الميراث، ولا كفَّارة عليهم.

وقال الشَّافعي: يجب، وهذا مذكورٌ في باب الكفَّارة، وإنَّما الكلام في القصاص.

أمَّا الشَّافعي فإنَّه احتجَّ بما رُوي: «أنَّ أبا بكر الصِّدِّيق قتل شهود القصاص بعد ما رجعوا»(٣).

ورُوي: «أنَّ شاهدين شهدا على رجلٍ عند علي بالسَّرقة، فقطع يده، ثمَّ جيء بآخر، فقالا: أوهمنا، إنَّما السَّارق هذا. فقال علي: لا أصدِّقكما على هذا، ولو علمتُ أنَّكما تعمَّدتما على الأوَّل لقطعت أيديكما»(٤). فثبت أنَّ العمد يوجب القصاص.

والمعنى يدلُّ عليه: وهو أنَّ فعل القاضي في القضاء منقولٌ إلى الشُّهود حكمًا. ألا ترى لو شهدا بمالٍ على رجلٍ، وقضى به، ثمَّ رجعا ضمنا ذلك المال؛ كأنَّهما هما اللَّذان أتلفاه بالقضاء، وهذا لأنَّ القاضي كالمكره حكمًا من جهتهما؛

(١) يجب القصاص على الشهود ـ عند الشافعية ـ بالرجوع واعترافهم بالتعمد، لا بكذبهم. انظر: «روضة الطالبين وعمدة المفتين» (٩/١٢٩).

[٢] «ص» (يعقلون).

(٣) لم أقف عليه.

(٤) رواه عبد الرزاق (١٨٤٦٠)، وابن أبي شيبة (٢٧٨٩١)، والدارقطني (٣٣٩٤)، زاد عبد الرزاق وابن أبي شيبة: «وأغرمهما دية يده». وهذا الأثر رواه البخاري (٩/٨) ولفظه: وقال مطرف، عن الشعبي «في رجلين شهدا على رجل أنه سرق نقطعه علي، ثم جاءا بآخر فقالا: أخطأنا. فأبطل شهادتهما فأخذ بدية الأول، وقال: لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما». قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤/٦٣): «وإسناده صحيح». وانظر: «البدر المنير» (٨/٣٩٥).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّه لا يحلُّ له الامتناع شرعًا ولو أثم، وهو الهلاك الحكميُّ، فصار من حيث خوف أنَّه أثم[١] ـ وهو شرٌّ من الهلاك الحقيقي ـ؛ كأنَّه يخاف الهلاك بالامتناع. ولو كان [كذلك][٢] انتقل الفعل إلى المكره، ويصير كأنَّه فعل بنفسه، فكذلك ههنا يصير كأنَّ الشُّهود هم أتلفوه بالقضاء، فإنَّ القضاء إتلافٌ حكمًا، بأن صار نفسه لغيره[٣]؛ حتَّى قتله واستوفاه؛ إلَّا أنَّهم لا يقتلون ما لم يقتله الوليُّ؛ لأنَّه حيٌّ بعدُ[٤] حقيقةً، وإن تلف حكمًا. كما إذا شهدوا عليه بدينٍ، ثمَّ رجعوا قبل الاستيفاء= لم يضمنوا؛ لأنَّ مال المشهود عليه بعدُ[٥] بحاله.

ولهذا ضمنوا الدِّية مع مباشرة الوليِّ مختارًا، ولا يرجعون على الوليِّ ـ وإن ضمنوا ـ؛ لأنَّهم ضمنوا بمباشرتهم[٦] الإتلاف حكمًا بالشَّهادة، ولو كانوا مسبِّبين[٧] لما ضمنوا مع المباشر الضَّامن، والوليُّ ـ إذا رجع ـ مباشرٌ ضامنٌ إن شاء الوليُّ ذلك.

إلَّا أنَّا نقول: لمَّا ثبت من مذهبنا أنَّ الوليَّ لا يقتل وقد باشر القتل مختارًا لا بإلزام الشُّهود، فإنَّه إن شاء عفا، ثمَّ لم يلزمه القصاص للشُّبهة، فالشُّهود الذين يصيرون بالشَّهادة متلفين حكمًا أولى.

لأنَّ الضَّمان بالقتل الذي باشره الوليُّ، لا بالقضاء وحده؛ لما ذكرنا أنَّه بعد

[١] «ن» (الإثم).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (بنفسه بغيره).
[٤] «أ» (بعمد)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ن» (نقد).
[٦] «ص» (بمباشرته).
[٧] «ص» (مستثنين).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

القضاء مضمونٌ [له][١].

فأمَّا حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه، فغريبٌ غايةً لا يُعتمد عليه.

وأمَّا حديث عليّ رضي الله عنه: خرَج علىٰ سبيل التَّهديد، فإنَّه قد ثبت من مذهبه أنَّه كان لا يرىٰ قطع اليدين بيدٍ واحدةٍ ـ علىٰ ما مرَّ بيانه ـ، فثبت أنَّه ما قال هذا إلَّا تهدُّدًا.

ولئن ثبت مذهب أبي بكر رضي الله عنه، فيحمل علىٰ السِّياسة دون القصاص، فقد أجمعوا علىٰ أنَّ الشُّبهة مانعةٌ من القصاص، وقد بيَّنَّا الشُّبهة، ويجوز أنَّه اختفىٰ علىٰ الذي أوجب القصاص.

ومن مشايخنا من قال: إنَّهم مسببون إلَّا أنَّه ضعيف؛ لأنَّ المذهب عنده أنَّ المسبِّب والمباشر واحدٌ. ألا ترىٰ أنَّه يلزمه الكفَّارة، إلَّا أنَّ حافر البئر بمنزلة القاتل بسوطٍ صغيرٍ؛ لأنَّ الحفر لا يعدُّ[٢] للقتل وضعًا؛ كالضَّرب بسوطٍ صغيرٍ مرَّةً أو مرَّتين، فأمَّا الشَّهادة فطريقٌ مسلوكةٌ لأخذ ما ثبت بالشَّهادة، فكان كالضَّرب بما يقصد به القتل، والله أعلم.

|١٣٣٠| مسألةٌ: قال علماؤنا: لا يقتل الذِّمِّي بالمستأمن، ولا الذِّمِّية بالمستأمنة، ولا المسلم به، ولا تقطع اليد بسرقة ماله.

وقال الشَّافعي: يقتل الذِّمِّي بالمستأمن(٣)، وتقطع يده بسرقة ماله، وكذلك

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (يفعل).

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٦/٤٨).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يد المسلم بسرقة ماله، للعمومات الموجبة للقصاص.

ولأنَّه ـ والذِّمِّي ـ سواءٌ فضلًا وحقْنًا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما حُقن دمه بالأمان، دون الإسلام.

إلَّا أنَّا نحتجُّ بما رُوي عن النَّبي ﷺ: «لا يُقتل مسلمٌ بكافرٍ، ولا ذو عهدٍ في عهده»(١).

أي: ولا يُقتل ذو عهدٍ في عهده بذلك الكافر الذي لا يُقتل المسلم به؛ لأنَّ المعطوف عليه جملةٌ تامَّةٌ، والمعطوف جملةٌ ناقصةٌ لا خبر لها، فيكون الخبر في الجملة التَّامَّة خبرًا للنَّاقصة؛ كقولك: «سالمٌ حرٌّ وربيع[٢]، وجاء زيدٌ وعمرو».

---

(١) رواه أحمد (٩٩٣)، وأبو داود (٤٥٣٠)، والنسائي (٤٧٣٤) من طريق قتادة عن الحسن، عن قيس بن عبَّاد، قال: انطلقت أنا والأشتر إلى عليٍّ، فقلنا هل عَهِدَ إليك رسولُ الله ـ ﷺ ـ شيئًا لم يعهده للناسِ عامَّةً؟ قال: لا، إلا ما كان في كتابي هذا، فأخرج كتابًا من قِرابِ سيفه، فإذا فيه: «المؤمنون تتكافأُ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يدٌ على من سواهم، لا يُقتلُ مؤمنٌ بكافر، ولا ذو عهدٍ في عهدِه، ومَن أحدث حَدَثًا فعلى نفسِه، ومَن أحدث حدثًا أو آوى مُحدِثًا فعليه لعنةُ الله والملائكة والناس أجمعين». وفي هذا الإسناد الحسن البصري وقد عنعنه، لكنه توبع عليه، فقد رواه أبو داود (٢٠٣٥)، وغيره من طريق قتادة، عن أبي حسان الأعرج، عن علي بنحوه. والحديث صححه ابن عبد الهادي في «تنقيح التحقيق» (٤/٤٦٠). وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/٢٦٢): «إسناده صحيح». وانظر: «المحرر في الحديث» (ص: ٦٠٠)، و«نصب الراية» (٤/٣٣٥)، و«البدر المنير» (٨/٣٦٦).

وأصله في البخاري (١١١) عن أبي جحيفة قال: قلت لعلي بن أبي طالب: هل عندكم كتاب؟ قال: لا، إلا كتاب الله، أو فهم أعطيه رجل مسلم، أو ما في هذه الصحيفة. قال: قلت: فما في هذه الصحيفة؟ قال: «العقل، وفكاك الأسير، ولا يقتل مسلم بكافر».

[٢] «أ» (ونربع)، ولم تضبط في «ن»، ولم تضبط في «ص»، والمثبت أقرب قراءة لما في «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولا يجوز أن يُجعل[١] الخبرُ: «ولا يُقتل ذو عهدٍ [في عهده][٢]»؛ لأنَّ خبر الصَّدر نفي قتلٍ[٣] قصاصًا، لا مطلق القتل، فيكون خبر الثَّاني: نفي[٤] قتلٍ هو قصاصٌ أيضًا.

ولا يجوز أن يحمل على الكافر الحربيّ؛ لأنَّ قتله واجبٌ، فكان لا يشكل هدر دمه، ولا يُقتل المسلم به فإنَّه ممَّا يُثاب عليه، فثبت أنَّ المراد: الكافر[٥] الحربيّ المستأمن.

ولأنَّ الذِّمِّيَّ لا يدخل تحت مطلق اسم الكافر؛ لأنَّه عرف بقيد الذِّمَّة لخفَّة حاله في الكفر؛ لأنَّه صار منَّا دارًا وفي أحكام الدُّنيا، ومنهم دينًا وفي أحكام الآخرة، ولمَّا قيَّد كفره بالذِّمَّة تعريفًا له بالقيد لمباينته[٦] الكفَّار من وجهٍ= لم يدخل تحت الاسم الذي تمَّ معناه[٧] من كلِّ وجهٍ؛ كصلاة الجنازة لا تدخل تحت مطلق اسم الصَّلاة. فيصير كأنَّه قال: «لا يُقتل مسلمٌ بكافرٍ مستأمنٍ قصاصًا، ولا ذمِّي».

ولأنَّ الخبر ورد لنفي مباشرة القتل قصاصًا بالكافر، وعندك يُقتل المسلم بالذِّمِّي قصاصًا، إذا كان ذمِّيًا عند القتل، فثبت أنَّ المراد به الحربيُّ المستأمن، حتَّى يمكن القول بنفيه عامًّا[٨].

---

[١] «ص» (يحمل).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (بقي قتلا).
[٤] «ص» (بقي).
[٥] «ص» (بالكافر).
[٦] «أ» «ن» (لمباينتهم)، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (بمعناه).
[٨] «ص» (عنه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والمعنىٰ فيه: أنَّ في المقتول شبهة هدر الدَّم، فيعمل عمل الحقيقة في نفي ما يسقط بالشُّبهة علىٰ ما مرَّ.

والدَّليل علىٰ شبهة الهدر[١]: أنَّ دم الحربيِّ والحربيَّة هدرٌ في دار الحرب؛ لكونهم من أهل دار الحرب عندي، وعندك للكفر، ولكونه من أهل تلك الدَّار، والكفرُ باقٍ، وكونه من أهل تلك الدَّار باقٍ؛ لأنَّه كان[٢] منهم بتوطُّنه في دارهم، وذلك الوطن باقٍ، وإنَّما يسكن دارنا لقضاء حاجاته علىٰ نيَّة الانصراف؛ كالواحد منَّا يخرج تاجرًا إلىٰ بلدٍ ويقيم بها للتِّجارة لا يبطل وطنه. ألا ترىٰ أنَّه ممكَّنٌ من العود إلىٰ دار الحرب، ولو صار منَّا دارًا في الحكم لما مكن منه كالذِّمِّي، وكما لو أسلم لا يمكَّن من العود إلىٰ الكفر؛ بل يجبر علىٰ الإسلام؛ وهذا لأنَّ الدَّار خلف عن الإسلام فيمن يجوز تركه علىٰ الكفر بالذِّمَّة في أحكام الدُّنيا، علىٰ ما تبيَّن في المسألة الأخرىٰ. وكما لا يجوز تبديل الدِّين الحقِّ ـ ولا يترك عليه ـ لا يترك أيضًا علىٰ تبديل الدَّار الحقِّ.

وبدليل أنَّ المستأمن يترك في دارنا بلا جزيةٍ، ومن صار من أهل دارنا من رجال الكفَّار لم يترك إلَّا بجزيةٍ؛ لأنَّ نصرة الدَّار واجبةٌ علىٰ رجال الدَّار شرعًا، والكافر لا يصلح للقتال بنفسه نصرةً للإسلام، فضرب عليه المال لتقع النُّصرة بماله. وكذلك المسلم إذا دخل دار الحرب لم يصر منهم دارًا، وبقي علىٰ حكم دارنا، ولمَّا بقي من أهل دارهم حكمًا بقيت العلَّة المهدرة.

فإن لم يعمل بعارضِ إحرازٍ[٣] حصل بدارنا عاريةً، وصار مضمونًا

---

[١] «ص» (الدرء).

[٢] «أ» (كأنه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (آخر).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بالإحراز بدار الإسلام، وبقيت شبهة الهدر بأصل العلَّة؛ بل شبهة الإباحة في حقِّ المال والنَّفس الذّكر؛ لأنَّ كونه حربيًّا منهم كان يبيح المال عامَّة ودماء الرِّجال، فأوجب شبهة الإباحة ـ وإن ارتفعت الإباحة بعارض أمانٍ منَّا ـ، فعمل عمل الحقيقة في إسقاط القطع بسرقة ماله، ووجوب القصاص على قاتله.

ألا ترى أنَّ المسلم لا يُقتل به لشبهةٍ في المحلِّ، فكذلك في الذِّمِّي؛ لأنَّ شبهة الإباحة متى كانت[١] لمعنى في محلِّ التَّناول لم يختلف حكمه باختلاف المتناول.

بخلاف المسلم يقتل بالذِّمِّي عندنا؛ لأنَّه لا شبهة في الذِّمِّي على ما نذكره في المسألة الثَّانية؛ لأنَّه صار من أهل دارنا بالتَّوطُّن فيها كالمسلم، فسقطت العلَّة المهدِرة، وزالت، فزالت الشُّبهة.

مثاله: رجلٌ له على آخر دينٌ فأجَّله، ثمَّ سرق من جنس حقِّه لم تقطع يده، ويضمن الرَّد عليه أو قيمته ـ إن أتلف ـ؛ لأنَّ العلَّة المبيحة للأخذ والنَّافية[٢] للضَّمان كان دينه الحال، وبالتَّأخير لم يزل أصل الدَّين، وإنَّما تأخَّر والتَّأخير حرَّم الأخذ للحال، وصار مضمونًا، فبقيت شبهة الإباحة ببقاء أصل الدَّين، فعمل في حقِّ ضمان القطع دون ضمان القيمة، ولو أبرأه عن الدَّين ثمَّ سرق قطع؛ لأنَّ العلَّة زالت.

❁ فإن قيل: الذِّمِّي لا يعتقد الكفر مهدرًا، فلا تثبت الشُّبهة في حقِّه.

❁ قلنا: بالشَّرع ثبت الهدر فيعمل ـ وإن لم يعتقدها الفاعل ـ؛ كالزِّنا

---

[١] «أ» «ن» (كان)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (والباقية).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بجارية ولده مع علمه، ومع اعتقاد الحرمة بلا شبهةٍ، وكان كما لو قتل الذِّمِّي كافرًا في دار الحرب لا يقتل به، وفي اعتقاده أنَّه محقٌّ[1] معصومٌ.

|١٣٣١| مسألةٌ: المسلم يُقتل بالذِّمِّي عندنا.

وقال الشَّافعي: لا يُقتل(٢)، لقول الله تعالىٰ: ﴿لَا يَسْتَوِيٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِۚ﴾ [الحشر: ٢٠]. وقال تعالىٰ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النِّساء: ١٤١] أي: لم يشرع لهم ذلك، فأنَّىٰ نرىٰ لهم علينا سبيل الغلبة من غير شرعٍ وإذنٍ لهم بذلك؟ والقتل قصاصًا مشروعٌ، وإنَّه أعظم سبيلٍ، فلا يثبت لهم علينا.

وقال النَّبي ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم»(٣)، فتعليق التَّكافؤ بصفة الإسلام دليلٌ علىٰ الانعدام بعدمه. ولأنَّه قال في آخر الخبر: «لا يُقتل مسلمٌ بكافرٍ»؛ تفسيرًا لقوله: «المسلمون تتكافأ دماؤهم».

وحملكم الحديث علىٰ كافرٍ حربيٍّ تخصيصٌ عندنا، وتعليق الحكم بزيادة وصفٍ لم يذكر ـ فيجري [عندكم][4] مجرىٰ النَّسخ ـ فلا يكون تأويلًا.

والكلام من حيث الفقه علىٰ وجهين:

أحدهما: أنَّ القصاص إنَّما يبتنىٰ علىٰ تساوي الدِّماء المحقونة المضمونة؛

---

[1] «ص» (حق).

(٢) انظر: «الإقناع» للماوردي (ص: ١٦٢)، و«الحاوي الكبير» (١١/١٢).

(٣) سبق تخريجه.

[4] ما بين [ ] ليس في «أ».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّ القتل إراقة دمٍ ولا تساوي بين دم الكافر والمسلم؛ لأنَّهما اختلفا في سبب الحقن والضَّمان، المسلم سببه الإسلام والذِّمِّي سببه الذِّمَّة، والإسلام أعلىٰ من الذِّمَّة بلا شكٍّ، فيكون حكم حقن دمه وضمانه فوقه أيضًا، فلا يؤاخذ[١] الأعلىٰ بالأدنىٰ؛ كما لا يُقتل المسلم بالمستأمن، واليد الصَّحيحةُ بالشَّلَّاء.

والدَّليل علىٰ قوَّة الإسلام: [أنَّ الذِّمِّي][٢] لو ترك الذِّمَّة بالإسلام تُرك وذلك؛ بل دُعي إليه، والمسلم لو رام أن يترك الإسلام بالذِّمَّة لم يترك وذلك.

ولا يلزم قطع يد المسلم بسرقة مال الذِّمِّي؛ لأنَّه لا يبتنىٰ علىٰ تساوي الدِّماء في المُلَّاك[٣]؛ بل علىٰ سرقة المال المحرز، وحرز الذِّمِّي والمسلم سواء؛ لأنَّ الإحراز لا يكون بالدِّين؛ بل بالموضع الحريز، فكلٌّ واحدٍ منهما إحرازه بدار الإسلام. ألا ترىٰ أنَّ رجلًا لو قتل رجلًا قُضي عليه بالرَّجم أو القتل في قطع الطَّريق= لم يضمن، ولو سرق ماله في تلك الحالة ضمن؛ لأنَّ تلك الجناية أثَّرت في دمه[٤]، دون [ماله][٥] وحرزه، فكذلك الكفر في دارنا.

ولا يلزم الذِّمِّي يقتل الذِّمِّي[٦]، ثمَّ يسلم[٧]، فإنَّه يُقتل [به][٨].

---

[١] «ص» (يوجد).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٣] «ص» (لا يبتنىٰ علىٰ الرضىٰ).

[٤] «أ» (ذمة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٦] «ص» (المسلم).

[٧] «أ» (أسلم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّا علَّلنا لمنع[١] الوجوب بزيادة[٢] في القاتل، وفي هذه المسألة: القتل وجد ـ وبينهما تساوٍ ـ فوجب القصاص، والزِّيادة حدثت بعد ذلك، وليس ما منع رفع.

ألا ترى أنَّ جنون القاتل مقارنًا يمنع وجوب القصاص، وجنونه طارئًا بعد الوجوب لا يرفعه؛ بل الزِّيادة يسقط حكمها لوجوب[٣] الاستحقاق، وفي الأصل؛ كما قلنا ـ في الحرِّ ـ: لا يُقتل بالعبد للزِّيادة، ولو قتل عبدٌ عبدًا، ثمَّ أعتق= قُتل به.

ولا يلزم القصاص يرثه الابن، فإنَّه يسقط؛ لأنَّ السُّقوط ليس بزيادة الأبوَّة في سبب[٤] الضَّمان، فإن الأب والابن كلاهما عُصما الدَّم بالإسلام؛ ولكن السُّقوط بسبب أنَّ الابن حرم عليه التَّعرض لأبيه بقتلٍ واجبٍ[٥] عليه؛ كما لا يتعرَّض له بقتلٍ لزمه بسبب الحدّ أو الرِّدَّة، فكذلك لا يتعرَّض بقتلٍ واجبٍ قصاصًا.

فأمَّا الذِّمِّي فله تعرّض المسلم بقتلٍ واجبٍ عليه، فإنَّه يقتله حدًّا بأمر الإمام، ويحلُّ ذلك شرعًا، وكذلك قصاصًا ـ وجب عليه لمسلم ـ، وأمره بذلك، ومثل ذلك لا يحلُّ للابن.

ألا ترى أنَّ الشَّافعي قال: إنَّ ديَّة الذِّمِّي دون ديَّة المسلم؛ للتَّفاوت في سبب

---

[١] «أ» (ليمنع)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (لزيادة)، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» (يوجد).

[٤] «ص» (في مسألة).

[٥] «ص» (وأوجب).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CS CamScanner

الضَّمان، فثبت أنَّه منقوصٌ عنه في حقِّ الضَّمان الثَّاني أيضًا.

أو نقول: بين المسلم والكافر فضلٌ، لا يحدُّ الفاضل بقذف المفضول، فيجب أن لا يُقتل [بقتل][١] المفضول؛ قياسًا على الأب وولده، بل أولى؛ لأنَّ فضيلة الإسلام فوق فضيلة الأبوَّة بكثيرٍ.

والوجه الآخر: أنَّه قتل بشبهة الإباحة، فلا يوجب القصاص؛ قياسًا على القتل خطأً، وقتل المسلم المستأمن؛ وهذا ـ لما مرَّ ـ أنَّ الشُّبهة مانعةٌ من القصاص؛ كالحقيقة.

وإنَّما قلنا: شبهةً؛ لأنَّ الكفر مبيحٌ أو مهدرٌ للدَّم، فإنَّ أهل الحرب يُباح دماء رجالهم، ويُهدر دماء ذراريهم ونسائهم بعلَّة الكفر، والكفر باقٍ للذِّمِّي، فإن لم يعمل لعارض الذِّمَّة بقيت شبهة الإباحة.

والدَّليل على أنَّ الكفر مبيحٌ ـ أو مهدرٌ ـ قول الله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾ [التوبة: ٥]، علَّق[٢] الإباحة بالشِّرك، فكان علَّةً؛ كالزِّنا لحدِّ الزَّاني، والسَّرقة للقطع.

ولأنَّ النَّبي ﷺ قال: «أُمرت أن أقاتل النَّاس حتَّى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا منِّي دماءهم وأموالهم»(٣)، أخبر بأنَّ العصمة بالإسلام.

ولأنَّ الدَّم يُباح ويُهدر بسبب معصية[٤] دون الكفر، وهي[٥] الزِّنا وقطع

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (على).

(٣) رواه البخاري (٧٢٨٤)، ومسلم (٢١)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

[٤] «ص» (بمعصية).

[٥] «أ» «ن» (وهو)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الطَّريق، فلَأَن يُباح ويُهدر بالكفر أوْلىٰ؛ إلَّا أنَّ المرأة الحربيَّة لا يُباح قتلها ـ مع قيام الكفر منها ـ احترامًا للمسلمين، فإنَّها تُسترقُّ، وتصير مالًا لهم؛ كما لا يُراق خمر المسلم لاعتبار ماله من التَّخلُّل.

ولأنَّ الإنسان حيوانٌ كغيره، وسائر الحيوانات مباحةً غير مضمونةٍ، وإنَّما فارق الآدمي غيره بالاحترام والضَّمان بحقِّ الدِّين، فأمَّا إذا ترك الدِّين، فيصير بمنزلة البهيمة في الاحترام؛ بل دونه فيصير مباحًا هدرًا به، ولهذا يُقتل المرتدُّ، وإن كان لا يحاربنا. وكذلك الأسير الحربيُّ يُقتل، وما به قدرة المحاربة لقيام الكفر.

ولئن سلَّمنا لكم أنَّ المبيح محاربة أهل الحرب إيَّانا، فالكفر هو السَّبب الباعث علىٰ المحاربة ممَّن هو صالحٌ للمحاربة، فأقامه الشَّرع مقام المحاربة، وعلَّق الحكم بنفسه تغليظًا عليهم. كما أقام السَّفر في إثبات الرُّخص مقام المشقَّة؛ لأنَّه سببٌ داعٍ إليها. والبلوغ مقام كمال العقل؛ لأنَّه في الأغلب متعلِّقٌ به كمال العقل.

ولهذا قتلنا الأسير[١] والمرتدَّ الذي هو مقهورٌ في أيدينا، ولو تعلَّق القتل بالقتال عينه لسقط؛ كما في الباغي إذا أسر، وكان بيننا بلا منعةٍ.

ولا يلزم أنَّا نقتل الذِّمِّي بالذِّمِّي وبالمستأمن[٢]؛ لأنَّهم يدينون فيما بينهم بعصمة دمائهم بدينهم، فلا يثبت في حقِّهم الإباحة، لما ثبت أنَّهم معاملون فيما بينهم بما يدينون؛ إلَّا ما استُثني عليهم، إنَّما يثبت بالكفر الشُّبهة بحكم دين الإسلام.

---

[١] «ص» (ولهذا قلنا إن الأسير).

[٢] «ص» (والمستأمن بالمستأمن).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

ولعلمائنا ﷺ: العمومات الموجبة للقصاص من غير تقييدٍ بصفة الإسلام أو غيره من الكتاب والسُّنة:

كقوله تعالى: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ... وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥]، ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ الآية [الإسراء: ٣٣].

وقوله ﷺ: «العمد قودٌ»(١). وقوله: «من قُتل له قتيل فأهله بين خيرتين؛ إن شاؤوا أقادوا، وإن شاؤوا أخذوا الدِّية»(٢). وقال ﷺ: «لا يحلُّ دم امرئٍ مسلمٍ إلَّا بإحدى ثلاثٍ: زنًا بعد إحصانٍ، أو كفرٌ بعد إيمانٍ، أو قتل نفسٍ بغير حقٍّ»(٣).

وروى مالك في كتاب الموطَّإ(٤) ومحمَّد بن الحسن(٥) أنَّ النَّبي ﷺ أقاد مسلمًا بكافرٍ، وقال: «أنا أحقُّ من وفَّى بذمَّته»(٦). فالفعل نصٌّ والتَّعليل دليلٌ

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٧٦٦) سنن الدارقطني (٣١٣٦) من حديث ابن عباس. ورواه الطبراني من حديث إسماعيل بن عياش، عن عمران بن أبي الفضل، عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم، عن أبيه، عن جده. قال الهيثم في «مجمع الزوائد» (٢٨٦/٦): «رواه الطبراني، وفيه عمران بن أبي الفضل، وهو ضعيف». وانظر: «التلخيص الحبير» (٦٧/٤).
ورواه أبو داود (٤٥٩١)، والنسائي (٤٧٨٩)، وابن ماجه (٢٦٣٥)، بنحوه. قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٤٠٩/٨): «وإسناد رواية ابن ماجه على شرط الشيخين». وانظر: «نصب الراية» (٣٢٧/٤).

(٢) رواه البخاري (١١٢)، ومسلم (١٣٥٥)، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) رواه البخاري (٦٨٧٨)، ومسلم (١٦٧٦)، من حديث عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه.

(٤) لم أقف عليه في الموطأ.

(٥) رواه في «الحجة على أهل المدينة» (٣٣٩/٤)، و«الأصل» (٥٧٤/٦).

(٦) رواه عبد الرزاق (١٨٥١٤) وابن أبي شيبة (٢٨٠٣١) وأبو داود في «المراسيل» (٢٠٧/١، برقم: ٢٥٠)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٦٠٢٣)، والدارقطني (٣٢٦٠) من طريق محمد=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

علىٰ أن لا فرق بين أن يكون القاتل مسلمًا أو ذميًّا ؛ ثمَّ أسلم ؛ لأنَّه ﷺ أخبر أنَّ الوجوب لذمَّة المقتول.

ورواه أيضًا أبو عبيد في غريب الحديث عن عبد الرَّحمن بن البيلماني[١]، وعبد الرَّحمن ـ وإن كان مجهولًا في النَّقلة ـ فذلك لا يوجب ردَّه إذا جاء بموافقة القياس، علىٰ ما عُرف في موضعه.

❁ فإن قيل: رُوي أنَّ القاتل كان عمرو بن أميَّة الضَّمري، وروي أنَّه عاش بعد رسول الله ﷺ.

❁ قلنا: [رُوي][٢] أنَّ عمرًا هذا قتل عامريَّين كان لهما عهدٌ من رسول الله ﷺ، فوداهما رسول الله ﷺ(٣)، فكان ذلك غير هذا، أو يُحتمل أنَّ عمرو بن

= بن المنكدر، عن عبد الرحمن بن البيلماني. قال البيهقي في «السنن الكبرىٰ»: «هذا هو الأصل في هذا الباب، وهو منقطع، وراويه غير ثقة». وقال الدارقطني: «ابن البيلماني ضعيف، لا تقوم به حجة إذا وصل الحديث، فكيف بما يرسله». وانظر: «العلل» (٦٩/١٤)، و«الأحكام الوسطىٰ» (٦٩/٤)، و«بيان الوهم» (٣٣٠/٢)، و«نصب الراية» (٣٣٥/٤)، و«البدر المنير» (٣٦٥/٨).

[١] «أ» «ص» (السلماني)، والمثبت من «ن». قال أبو عبيد في «غريب الحديث» (١٠٥/٢): «وَأما رَأْي أبي حنيفَة وَجَمِيع أَصْحَابه فَإِنَّهُم يرَوْنَ أَن يُقَاد لحَدِيث يرْوىٰ عَن عبد الرَّحْمَن ابْن الْبَيْلَمَانِي أَن النَّبِي ﷺ أقاد معاهدا بِمُسلم وَقَالَ: «أَنا أَحَق من وفىٰ بِذِمَّتِهِ»، وَهَذَا حَدِيث لَيْسَ بِمُسْنَد، وَلَا يَجْعَل مثله إِمَامًا يسفك بِهِ دِمَاء الْمُسلمين».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

(٣) رواه الترمذي (١٤٠٤) من طريق أبي سعد، عن عكرمة، عن ابن عباس «أن النبي ﷺ ودىٰ العامريين بدية المسلمين، وكان لهما عهد من رسول الله ﷺ»: قال الترمذي: «هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه وأبو سعد البقال اسمه سعيد بن المرزبان».

وقال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٤٥/١٢): «وهذا حديث ينفرد به أبو سعد سعيد بن=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أميَّة كان مسمًّىٰ به رجلان.

وعن النَّبي ﷺ: أنَّه كان إذا بعث جيشًا... الخبر ـ إلىٰ أن قال ـ: «... فادعوهم إلىٰ إعطاء الجزية فإن قبلوا فأعلموهم[١] أنَّ لهم ما للمسلمين، وعليهم ما علىٰ المسلمين»(٢).

وقال علي رضي الله عنه: إنَّما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا(٣).

= المرزبان البقال، وأهل العمل لا يحتجون بحديثه». وانظر: «العلل الكبير» للترمذي (ص: ٢٢٠)، و«الجوهر النقي» (١٠٢/٨)، و«نصب الراية» (٣٦٦/٤).

[١] «ص» (فأعلمهم).

(٢) لم أقف علىٰ اللفظ الذي ذكره المصنف، وجملة: «فأعلمهم أنَّ لهم ما للمسلمين وعليهم ما علىٰ المسلمين...»، لم أقف علىٰ من ذكرها بعد إعطاء الجزية.
والحديث رواه مسلم (١٧٣١) عن بريدة الحصيب رضي الله عنه، قال: كان رسول الله ﷺ إذا أمر أميرا علىٰ جيش، أو سرية، أوصاه في خاصته بتقوىٰ الله، ومن معه من المسلمين خيرا، ثم قال: «اغزوا باسم الله في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا ولا تغلوا، ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليدا، وإذا لقيت عدوك من المشركين، فادعهم إلىٰ ثلاث خصال ـ أو خلال ـ فأيتهن ما أجابوك فاقبل منهم، وكف عنهم، ثم ادعهم إلىٰ الإسلام، فإن أجابوك، فاقبل منهم، وكف عنهم، ثم ادعهم إلىٰ التحول من دارهم إلىٰ دار المهاجرين، وأخبرهم أنهم إن فعلوا ذلك فلهم ما للمهاجرين، وعليهم ما علىٰ المهاجرين، فإن أبوا أن يتحولوا منها، فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين، يجري عليهم حكم الله الذي يجري علىٰ المؤمنين، ولا يكون لهم في الغنيمة والفيء شيء إلا أن يجاهدوا مع المسلمين، فإن هم أبوا فسلهم الجزية، فإن هم أجابوك فاقبل منهم، وكف عنهم، فإن هم أبوا فاستعن بالله وقاتلهم...».

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ. ورواه الدارقطني في (٣٢٩٦)، والبيهقي في «سننه الكبرىٰ» (١٥٩٣٤)، عن أبي الجنوب الأسدي، قال ـ واللفظ للبيهقي ـ: أتي علي بن أبي طالب رضي الله عنه برجل من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة، قال: فقامت عليه البينة فأمر بقتله، فجاء أخوه فقال: إني قد عفوت، قال: فلعلهم هددوك وفرقوك وفزعوك، قال: لا، ولكن قتله لا يرد علي=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنَّه كان يرىٰ قتل المسلم بالذِّمِّي(١).

وعن عمر رضي الله عنه أنَّ مسلمًا قتل ذميًّا فأراد أن يُقِيده[٢] فقيل له: إنَّه فارسٌ من فرسان المسلمين، فصالح عنه بالدِّية(٣).

وعن عمَّار بن ياسر: «أنَّه كتب إلىٰ عمر في هذه الحادثة فكتب إليه أن اقتله به»(٤)، ولم يرو لهم[٥] مخالف.

= أخي، وعوضوني فرضيت. قال: «أنت أعلم من كان له ذمتنا فدمه كدمنا، وديته كديتنا». قال الدارقطني: «أبو الجنوب ضعيف الحديث».

(١) لم أقف عليه في الكتب المسندة، وروىٰ ابن حزم في «المحلىٰ بالآثار» (٢٢١/١٠) عن الحكم بن عتيبة: أن علي بن أبي طالب، وابن مسعود، قالا جميعا: «من قتل يهوديا، أو نصرانيا قتل به». قال ابن حزم: هذا مرسل. وانظر: «الجوهر النقي» (٣٤/٨).

[٢] «ص» (يقتله).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٤٦٣) عن النزال بن سبرة، قال: «قتل رجل من فرسان أهل الكوفة عباديا من أهل الحيرة» فكتب عمر: «أن قيدوا أخاه منه، فدفعوا الرجل إلىٰ أخي العبادي، فقتله» فجاء كتاب عمر: «أن لا تقتلوه، وقد قتله». قال ابن حزم في «المحلىٰ» (٢٢٣/١٠): «كما روينا بالرواية الثابتة من طريق شعبة أنا عبد الملك بن ميسرة...» ـ وذكر الأثر ـ.
وروىٰ عبد الرزاق (١٨٥١٥)، وابن أبي شيبة (٢٧٤٦٧) عن إبراهيم النخعي «أن رجلا مسلما قتل رجلا من أهل الذمة من أهل الحيرة فأقاد منه عمر». والأثر منقطع. قال ابن حزم في «المحلىٰ» (٢٢١/١٠): «... قال وكيع: ونا أبو الأشهب عن أبي نضرة بمثله سواء سواء، وهذا مرسل».
ورواه البيهقي في السنن الكبرىٰ (١٥٩٢٨) من طريق الشافعي أنبأ محمد بن الحسن ثنا أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن رجلا من بكر بن وائل قتل رجلا من أهل الحيرة، فكتب فيه عمر بن الخطاب أن يرفع إلىٰ أولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوا، وإن شاءوا عفوا، فدفع الرجل إلىٰ ولي المقتول رجل يقال له: حنين من أهل الحيرة، فقتله، فكتب عمر بعد ذلك: إن كان الرجل لم يقتل، فلا تقتلوه، فرأوا أن عمر أراد أن يرضيهم من الدية». قال الشافعي: «وهذه أحاديث منقطعات، أو ضعاف، أو تجمع الانقطاع والضعف جميعا». وانظر: «نصب الراية» (٣٣٧/٤)، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢٦٣/٢).

(٤) لم أقف عليه.

[٥] «ص» (له).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والمعنى الفقهي: أنَّ الذِّمِّي مضمونُ الدَّم بالقصاص في الجملة، فيكون مضمونًا في حقِّ المسلم والكافر؛ قياسًا على المسلم، وعكسه الحربيّ.

وإنَّما قلنا هو مضمون الدَّم بالقصاص؛ لأنَّه يُقتل به الذِّمِّي والمستأمن بلا خلافٍ.

وتأثيره أنَّه لمَّا وجب القصاص بقتله في الجملة عُلم[1] أنَّه لم يبق فيه شبهة الإباحة، ولا شبهة هدر الضَّمان؛ لأنَّ القصاص لا يجب مع الشُّبهة على ما بيَّنَّا، ولو كانت الشبهة في الدَّم لما وجب في ضمانه ما لا يجب بالشُّبهة، سواءً[2] كان القاتل اعتقدها[3] شبهةً أم لا؛ لما مرَّ أنَّ الشُّبهة متى كانت شرعيَّةً عملت اعتقدها الفاعل شبهةً أم لا. ولما وجب القصاص على ذميٍّ مثله، عُلم أن لا شبهة في الذِّمِّي تمنع القصاص.

ولما صار مضمونًا بالقصاص ـ بلا شبهةٍ مانعةٍ ـ ساوى دم المسلم في حقِّ ضمان القصاص، والخلاف فيه، والتَّعليل وقع للتَّسوية بينهما.

ولا يلزم الابن، فإنَّه مضمون الدَّم بالقصاص في الجملة، ولم يكن كذلك في حقِّ الأب؛ لأنَّا من حيث اللَّفظ احترزنا، وعلَّلنا للتَّسوية بين الكافر والمسلم، وضمان دم الابن سواءٌ في حقِّ الكافر والمسلم.

وأمَّا من حيث الفقه: فلأنَّا جعلنا هذا الوصف دلالةً على أنَّه مضمونٌ بلا

---

[1] «أ» (على)، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] «ص» (من).

[3] «ص» (اعتقده).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

شبهةٍ في حقِّ الكلِّ ، ودم الابن مضمونٌ بلا شبهةٍ في حقِّ الكلِّ ، والقصاص لم يجب علىٰ الأب لفضيلة الأبوَّة ، لا لشبهةٍ مبيحةٍ. ألا ترىٰ أنَّ الشُّبهة إنَّما تعمل عند السَّبب ، ولو وجب القصاص لرجلٍ ، فمات ، فورثه ابن القاتل= سقط ؛ لأنَّ الابن لا يقتله لفضيلة الأبوَّة ، فيُعتبر[١] عند استيفاء القتل ، لا عند الوجوب ، والشَّرع جعل الأبوَّة فضيلةً تمنع الابن عن التَّعرض له بالقتل الواجب ، فإنَّه لا يقتله بردَّته وكفره في دار الحرب. وكذلك لا يرجمه ـ وإن قضي عليه بالرَّجم ـ ، فكذلك بالقتل الواجب قصاصًا ، فكانت الأبوَّة مانعةً بعد الوجوب وتعليلنا لانتفاء الشُّبهة المانعة.

ولا يُقال في مسألتنا: إنَّ الإسلام مانعٌ ؛ لأنَّه قائمٌ في حقِّ المسلمين ؛ كما هو [قائمٌ][٢] في حقِّ الذِّمِّي[٣] ، فللمسلم أن يقتله إذا باشر سبب الوجوب ، فكذا الذِّمِّي ، فأمَّا الأبوَّة فإنَّما تثبت بسببٍ خاصٍّ ، وهو الولاد بالماء ، فلا يكون ثابتًا في حقِّ غير الولد ، فاختصَّ المنع به. ألا ترىٰ أنَّ الذِّمِّي إذا قتل ذمِّيًّا ، ثمَّ أسلم قُتل به ، ولو كان الإسلام يمنع الذِّمِّي من استيفاء قتل المسلم لما أمكنه ، كالابن يرث قصاصًا علىٰ أبيه.

دلَّ عليه أنَّ مال الذِّمِّي مضمونٌ بلا شبهةٍ كمال المسلم ، حتَّىٰ وجب القطع بسرقة ماله ؛ كما يجب بسرقة مال المسلم ، وإن كان القطع لا يجب مع الشُّبهة ، عُلم أنَّ النَّفس كذلك ؛ لأنَّ المال تبعٌ للنَّفس وصار مضمونًا حقًّا للنَّفس لا لنفسه.

---

[١] «ن» (فيصير).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (أهل الذمة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

والذي يوضِّح ما قلنا: أنَّ الدَّم والمال عندنا إنَّما يثبت ضمانهما بالإحراز بدارنا، لا بالإسلام، فإنَّه ثبت من مذهبنا أنَّ من أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا حتَّىٰ قتله ذمِّي أو مسلم= لم يضمن ديةً ولا قصاصًا، وكذلك لو أتلف ماله، وقد بيَّنَّاه في كتاب السِّير، وفي هذا الكتاب في تلك المسألة بعينها.

ولمَّا كان السَّبب الذي جعله مضمونًا بالإتلاف الإحراز بدار الإسلام، والمسلم والذِّمِّي سواءٌ في هذا الإحراز؛ لأنَّهما جميعًا من أهل الدَّار حقيقةً وحكمًا.

الحقيقة بالتوطُّن فيها أصلًا، والحكم بأن لا يمكَّن واحدٌ منهما من اللَّحاق[١] بدار الحرب متوطِّنًا بها.

وكذلك الحربيُّ إذا أراد أن يكون ذمَّة لنا لزمنا عرض الذِّمَّة عليه، كما لو أراد الإسلام؛ لأنَّه خلف عن الإسلام شرعًا فيمن يترك بالذِّمَّة علىٰ الكفر وشرعا نهاية للقتال، إلَّا أنَّه إنَّما يُصار إلىٰ الذِّمَّة بعد الإسلام، فعُلم أنَّها خلفٌ، والخلف يعمل عمل الأصل ـ بلا شبهةٍ ـ فيما يُشرع خلفًا عنه، ثمَّ إنَّ الذِّمَّة ليست بخلفٍ في حقِّ الدِّين؛ لأنَّ الدِّين لا يتبدَّل به، فثبت أنَّها خلفٌ في حقِّ الدَّار.

ونعني بالدَّار: الموضع الذي هو تحت ولاية المسلمين، وهي دار الدُّنيا، ولهذا تساويا[٢] في معاملات الدُّنيا دون الآخرة التي بُنيت علىٰ الدِّين، والضَّمان من أحكام الدُّنيا.

ودلَّ عليه: أنَّ الأموال المباحة في دار الإسلام إنَّما تصير مضمونة الإتلاف بالإحراز؛ كالصُّيود والمعادن، والمحرزة إذا أُهينت كالنَّواة وحبَّة حنطةٍ

---

[١] «أ» «ن» (باللَّحاق)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (ساوونا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

مطروحتين= لم تضمنا بالإتلاف. وكذلك الخمر لا تضمن بالإتلاف؛ لأنَّ الشَّرع نهانا عن إحرازها للتَّمول. ثمَّ الإحراز بدار الحرب ـ وبقوَّة تلك الدَّار ـ فاسدٌ شرعًا؛ كإحراز الخمر، فبقيت العبرة للإحراز بقوَّة دار الإسلام، وكان الدِّين لضمان الإثم الذي هو حكم الآخرة.

ولا يلزم المرتدَّة فإنَّ دمها هدرٌ وهي في دارنا، لأنَّها لمَّا ارتدَّت لم تكن دارنا حرزًا لها على تلك الحالة. ألا ترى أنَّها لا تُترك على تلك الحالة بحالٍ.

ولهذا قال علماؤنا: الكفَّار إذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها [بدارهم][١] = ملكوها؛ لأنَّهم لمَّا أحرزوا بدارهم انقطع حكم إحرازنا عنها بواحدةٍ يدًا ودارًا، فصارت بمنزلة الأموال المباحة، وأموال أهل الحرب.

ولهذا قلنا: من[٢] أسلم في دار الحرب، ثمَّ فتحت البلدة استغنمت[٣] أمواله؛ إلَّا ما كان في يده من المنقول، فإنَّه أولى به؛ لسبق يده يدَ الغانمين إليها بسببٍ لا حظَّ للغانمين فيه، فأمَّا سائر أمواله تغنم[٤]؛ لأنَّها لم تصر محرزةً بدارنا فلا يقع الإحراز بمجرَّد الدِّين.

وكذلك لا يضمن دمه وماله فيها لعدم الإحراز بدارنا؛ وهذا لأنَّ الدِّين لا يمنع استيلاء الكفرة، ولا يحرز[٥] المال عنهم، ولا يده وحدها بمقابلة أهل دار الحرب.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (فيمن).

[٣] «ن» (استقيمت).

[٤] «أ» «ن» (فتُغنم)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (ولا يجوز).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فأمَّا الجواب عن الأوَّل: أنَّ مثل هذا اللَّفظ لا عموم له؛ لقيام المساواة من وجوهٍ كثيرةٍ حال ورود النَّفي ـ على ما بيَّنَّا في أصول الفقه ـ، وإنَّما ينصرف إلى البعض مجهولًا، وقد فسَّره الله تعالى بالفوز يوم القيامة.

وعن الثَّاني: أنَّ الآية وردت في حكم يوم القيامة، وتفسيرًا لذلك الحكم.

أو يقال: الآية وردت لبيان ما جعل الله تعالى ابتداءً من الشَّرع، لا لبيان ما يكسبه المسلم على نفسه، فإنَّ المسلم إذا آذى ذميًّا انتصف منه[١] يوم القيامة، وكذلك في الدُّنيا: إذا أتلف ماله حُبس بحقِّه ودعواه، وإذا قتَل[٢] ـ وهو ذمِّي ـ ثمَّ أسلم= قُتل بالذِّمِّي، وهو مسلمٌ.

وقوله: «المسلمون تتكافأ دماؤهم» إثباتٌ للمساواة بين المسلمين، لا نفي عن غيرهم. وكأنَّ النَّبي ﷺ قاله قبل شرع الله تعالى الذِّمَّة، فقد وصف النَّبي ﷺ أهل الذِّمَّة ـ بعد ما شرعت ـ: أنَّ لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين.

وأمَّا قوله: «لا يُقتل مسلمٌ بكافرٍ»، فقد مرَّ جوابه في المسألة الأولى.

❁ فإن قيل: وقد رُوي: «لا يُقتل مسلمٌ بكافرٍ ولا بذي عهدٍ[٣]»، أي: لا يُقتل المسلم بالكافر الحربيّ، ولا بالذِّمِّي.

❁ قلنا: إنَّه غريبٌ، وغير مقبولٍ؛ فقد روينا عن الصَّحابة بخلافه، ولم[٤] يحتجَّ عليهم بهذا الحديث محتجٌّ.

---

[١] «ص» (له).

[٢] «ص» (قتله).

[٣] «ص» (ولا ذي عهد في عهده)، «ن» زيادة (أي: ولا بذي عهدٍ)!

[٤] «ص» (ثم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أو نقول: تأويله أن لا يُقتل المسلم بالحربيّ، ولا بالمستأمن.

❁ **فإن قيل**: كيف يشكل الأمر في الحربيّ، وقتله فرضٌ؛ وهو الحربيُّ الذي لا أمان له.

❁ **قلنا**: إنَّ المسلم إذا دخل دارهم بأمانٍ فقتل كافرًا حربيًّا لا يُقتل به، وإن حرم قتله.

ويحتمل أن يكون معناه: ولا يُقتل ذو عهدٍ عطفًا على المسلم، وإن خالفه في الإعراب، فقد جاء في القرآن والشِّعر مخالفة المعطوف المعطوفَ عليه، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَٱلَّذِينَ هَادُواْ وَٱلصَّٰبِـُٔونَ﴾ [المائدة: ٦٩] وبحقِّ العطف كان يجب: والصَّابئين، وقال الله تعالى: ﴿وَٱلْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَٰهَدُواْۖ وَٱلصَّٰبِرِينَ فِى ٱلْبَأْسَآءِ وَٱلضَّرَّآءِ﴾ [البقرة: ١٧٧].

والجواب عن المعنى الأوَّل: أنَّ التَّساوي ثابتٌ في سبب الضَّمان؛ لأنَّه هو الإحراز بدار الإسلام على سبيل التَّوطُّن[١] بها ـ على ما مرَّ ـ لا الدِّين.

على أنَّ الدِّماء المعصومة متساويةٌ في ضمان القصاص؛ لأنَّه لا يحتمل التَّجزِّي، وإنَّما تتفاوت في ضمان المال؛ إلَّا أنَّ ضمان القصاص إنَّما ينعقد للدَّم إذا انتفت شبهة الإباحة أو المانعة من الوجوب عن الدَّم، وقد انتفت في مسألتنا[٢]، فإنَّه يضمن بالقصاص إذا قتله ذمِّيٌّ.

وإنَّما أنت تسقطه لمكان القاتل، ومفاضلةً بينهما، وإنَّه ساقط العبرة في باب القصاص؛ فإنَّ الذَّكر أفضل من الأنثى، واستويا قصاصًا.

---

[١] «ن» (الوطئ).

[٢] زاد في «أ» (هذا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولا يلزم الأب لما ذكرنا أنَّ السُّقوط ليس لتفاضلٍ في الدَّم؛ ولكن لأنَّ الأبوَّة جُعلت في الشَّرع علَّةً مانعةً للابن من التَّعرض له بالقتل، كما لا يتعرَّض لنفسه بالقتل ـ وإن لزمه ـ، وليس هذا الحكم بثابتٍ للإسلام. [ولهذا][١] لا يحدُّ الأب بقذف[٢] ابنه؛ لأنَّ الحدَّ عقوبةٌ كالقتل.

وأمَّا المسلم إذا قذف الكافر لم يحدَّ ـ لا لفضيلة الإسلام ـ؛ لكن لأنَّ المقذوف غير محصَّن، ولو قذفه كافرٌ لم يحدَّ، فقياسه في مسألتنا: لو قتل المسلم مستأمنًا لم يقتصَّ، لا لفضيلة الإسلام؛ بل لشبهةٍ بالمقتول منعت[٣] أن يصير دمه مضمونًا بالقصاص، حتَّىٰ لو قتله كافرٌ لم يقتل به أيضًا عندنا. ألا ترىٰ أنَّ الذِّمِّي إذا قتل ذمِّيًا ثمَّ أسلم قُتل به، والفضيلة قائمةٌ، والرَّجل إذا لزمه قصاصٌ، ثمَّ ورثه ابنه= سقط؛ لفضيلة الأبوَّة.

وكذلك حدُّ القذف إذا ورثه ابنه علىٰ مذهب الخصم لم يستوف من الأب[٤] فثبت أنَّ المانع في مسألتنا شبهةٌ[٥] في المقتول، وإنَّه باطلٌ لما ذكرنا. ولهذا تُقطع يد المسلم بسرقة مال الذِّمِّي، دون الحربيّ، وإن كان القطع عقوبةً تسقط بالشُّبهة، فلو كان المال غير معصومٍ ـ كمال الحربيّ ـ لمنع[٦] القطع؛ كما في الدَّم، إلَّا أنَّه شُرط للقطع بعد العصمة شرطٌ زائدٌ، وهو الإحراز، ولم يُشرط ذلك لضمان الدَّم، فيُترك ما اختصَّ به القطع من الشَّرط، ويتكلَّم فيما استويا فيه من

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (بقتل)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (منع)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (الابن).

[٥] «أ» (من شبهة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» (يمنع)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

شرط العصمة. فلو كان عصمة مال الذِّمِّي دون عصمة مال المسلم لشبهةٍ لما وجب القطع الذي يسقط بالشُّبهة؛ كالقصاص سواء.

وأمَّا الجواب عن شبهة الكفر أنَّه لو كان ثابتًا لما قُتل به الذِّمِّي؛ لأنَّ الشُّبهة في المحلِّ، فلا تختلف بالفاعل.

❁ فإن قيل: الكافر يعتقد دين الكفر عاصمًا، وأنَّه معاملٌ[1] بما يعتقده في الأحكام التي تحتمل النَّسخ والتَّبديل إذا ترك عليه[2] في الذِّمَّة ـ على ما مرَّ في كتاب النِّكاح.

❁ قلنا: عندك يُقتل الكتابيُّ بالمجوسيِّ، وإنَّه يعتقد إباحة دمه بدينه، على أنَّ العلَّة إذا كانت شرعيَّةً تبقى لها شبهة الثُّبوت، وإن لم تعمل؛ كالرَّجل يزني بجارية ولده لا يحدُّ، وإن اعتقد الحرمة. وكذلك إذا زنا بأمته ـ وهي أخته من الرَّضاعة ـ، لم يحدَّ، وإن اعتقد الحرمة.

ثمَّ الجواب: أنَّا لا نسلم أنَّ الكفر مبيحٌ للدَّم جزاءً عليه، فإنَّ المرأة لا يُباح دمها، وكفرها مثل كفر الرَّجل، وهذا؛ لأنَّ الله تعالى خلق الآدميَّ معصوم الدَّم لوجوب حمل أمانة الله عليه ليبقى بالعصمة، فيحمل ويؤدي، والوجوب ثابتٌ على الكافر والمسلم، لا خلاف فيه في حقِّ أصل الدِّين، ولا يُقتل إلَّا جزاءً على معصيةٍ يرتكبها، والرِّجال والنِّساء في الأجزية سواء؛ كالسَّرقة والزِّنا بعد الإحصان، وقطع الطَّريق والقتل عمدًا سواء.

ولأنَّ الله تعالى خلق الدَّار الآخرة جزاءً على المعاصي والطَّاعات، وما

[1] «أ» (مقابل)، «ص» (يعامل)، والمثبت من «ن».

[2] «ص» (عليها).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

عجل في الدُّنيا جزاءً علىٰ معصيةٍ لحقِّه خالصًا؛ بل لصلاحٍ يعود إلىٰ النَّاس في إقامتها زاجرةً، فاختصَّت بأسبابٍ فيها فسادُ مصالحِ النَّاس[١]، وبالانزجار عنها صلاحٌ.

نحو الزِّنا المفسد للفرش والأنساب، والسّكر المفسد للعقول، والسَّرقة المفسدة للحرز والمال، والقذف الهاتك ستر الإعفاف[٢]، والقتل العمد المفسد للحياة.

والكفر يكون بالقلب، فلا يتعلَّق بعينه فسادٌ بالنَّاس ولا بتركه صلاحٌ، إنَّما هو سببٌ باعثٌ علىٰ عداوة من يخالفه ويحاربه، والفساد في المحاربة، فتكون المحاربة سببًا مبيحًا للدَّم.

وأوَّل آيةٍ نزلت في القتال قوله تعالىٰ: ﴿وَقَٰتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَٰتِلُونَكُمۡ﴾ [البقرة: ١٩٠] إلَّا أنَّ الكفرة لما عادونا[٣] بسبب الدِّين وانتصبوا حربًا علينا ممتنعين بجماعة أهل دارهم متناصرين بكفرهم= أُقيم كفر من يصلح للحرب من أهل دار الحرب مقام حقيقة المحاربة، فحلَّ الدَّم بكونه[٤] كافرًا حربيًّا حارب أم لا؛ كما أقيم السَّفر الذي هو سبب المشقَّة مقام المشقَّة في إيجاب الرُّخص علىٰ ما عُرف، ففارقت المرأة الرَّجل لذلك.

فإذا صار ذمِّيًّا منَّا دارًا وانقطع عنهم دارًا زالت العلَّة المبيحة والتحق بالمرأة؛ لأنَّ المرأة كما لا تصلح للقتال خلقةً فكذلك الواحد لا يصلح لقتال

[١] «ص» (العباد).
[٢] «أ» «ن» (الإعفا)، و«ص» (العقاب).
[٣] «أ» (عاهدونا)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» (بكون)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الجماعة خلقةً ، والكفر إنَّما أُقيم مقام العلَّة بصلاح المحاربة للمسلمين أجمع بعد انتصابهم لذلك ، وذلك بالبلوغ والذُّكورة ، والانضمام إلىٰ جماعةٍ ، فإذا فارق الجماعة حقيقةً وحكمًا ـ وبالانضمام قام الكفر مقام المحاربة ـ زالت العلَّة المبيحة ، وانعدمت أصلًا ، علىٰ أنَّ الخلاف ثابتٌ في المسلم بقتل الذِّمِّية ، وكفرها غير مبيحٍ .

فأمَّا قوله : الكفر مهدرٌ[١] ، فغير مسلم ، علىٰ ما مرَّ أنَّه هدرٌ بعد الإسلام قبل الإحراز بدارنا عندنا ، فعُلم أنَّ المهدر عدم الإحراز بدارنا ، وقد زال من كلِّ وجهٍ لمَّا صارت[٢] دارنا وطنًا له أصلًا ، فلا تبقىٰ الشُّبهة بعد الزَّوال ؛ كما لو أسلم .

دلَّ عليه أنَّ المسلم إذا حارب بغير حقٍّ أُبيح دمه ، فعُلم أنَّها علَّةٌ مبيحةٌ إلَّا أنَّ المسلم مسالم للمسلمين في الأصل ، فلا يُباح إلَّا بحقيقة المحاربة ، والكافر يعتقد العداوة والمحاربة إذا كان صالحًا لها بسبب الكفر ، فأُقيم الكفر عند صلاح محاربة أهل الإسلام مقام المحاربة حقيقةً ، وذلك بالذُّكورة والانضمام إلىٰ الجماعة ، فأُبيح دم الرَّجل المنضمِّ إلىٰ الجملة حارب[٣] أم لا .

❁ فإن قيل : الكافر دون البهيمة ، فلم يجز أن يكون معصومة بحقِّه .

❁ قلنا : إنَّه دون البهيمة في ترك طاعة الله تعالىٰ مع عقله ، فأمَّا من حيث الاحترام للحال ؛ فلا ، فإنَّ الله تعالىٰ أرسل إليهم الرُّسل ، وأنزل عليهم الكتاب ، ولم يجز قتل نسائهم ، ولا أهل الذِّمَّة منهم ، فعُلم أنَّهم[٤] فوق البهائم لصلاحهم

---

[١] «ص» (مبيح) .
[٢] «أ» «ن» (صار) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «ص» (جازت) .
[٤] «أ» «ن» (أنه) ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لعبادة الله تعالىٰ؛ ولأنَّ القتل المباح بسبب الكفر يسقط بالإسلام، كالذي يُباح بسبب المحاربة يسقط بترك المحاربة، ولو كان وجب جزاءً علىٰ معصيةٍ[١] لما سقط بترك المعصية؛ كحدِّ الزِّنا والسَّرقة[٢] وسائر العقوبات لله تعالىٰ، وللعباد.

ولا يلزم حدّ قطَّاع الطَّريق؛ لأنَّ قاطع الطَّريق ـ وإن تاب عن القطع ـ لا يسقط الحدُّ عنه ما لم يردَّ المال علىٰ صاحبه قبل أخذ الإمام، وتمام التَّوبة فيه، ولو ردَّ المال، وهو مصرٌّ علىٰ القطع لم يقطع[٣]؛ لأنَّه لا يجب إلَّا بخصومة المالك، فلا يقطع لعدم شرطه لا للتَّوبة عن القطع، وإنَّما يسقط بترك المبيح ما يجب دفعًا للمحاربة.

ولأنَّ ما يجب جزاءً، فإن كان من حقِّ الله تعالىٰ كان الاستيفاء إلىٰ الأئمَّة، وإن كان للعباد فإلىٰ صاحب الحقِّ كالقصاص، وما يجب للدَّفع أُبيح لكلِّ من قصد، والكافر يُباح قتله لكلِّ مسلمٍ، عُلم أنَّه مباحٌ لكونه حربًا للمسلمين أجمع.

|١٣٣٢| **مسألةٌ**: ولهذا لا تقتل المرتدَّة؛ لأنَّها غير صالحةٍ للقتال بأنوثتها، فلا تصير حربًا بنفس الكفر، كما في الكفر الأصليّ، والقتل لا يجب جزاءً علىٰ الكفر بحال ـ لما ذكرنا من الأدلَّة ـ غلُظ الكفر أم خفَّ، والله أعلم.

---

[١] «ص» (معصيته).

[٢] «ص» (وحد القذف) بدل السرقة.

[٣] «ص» (لم يحد).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣٣٣| مسألةٌ: الحرُّ يُقتل بالعبد.

وقال الشَّافعي: لا يُقتل(١).

لقول الله تعالىٰ: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨]، فخرج التَّفصيل تفسيرًا للمطلق في الصَّدر، فاقتصر الأمر عليه، كقولك: «في الكيس مال دراهم ودنانير»، فإنَّه نصَّ علىٰ أنَّ لا مال [فيه][٢] سواهما.

وعن عمر وابن الزُّبير رضي الله عنهم: «لا يُقتل حرٌّ بعبدٍ»(٣). وعن عليّ رضي الله عنه: «من السُّنة أن لا يُقتل الحرُّ بالعبد»(٤). ومطلق السُّنة: طريق رسول الله ﷺ.

والمعنىٰ في المسألة: أنَّ القصاص ممتنعٌ بين طرف الحرِّ بالعبد، ففي نفس الحرِّ بالعبد أولىٰ؛ لأنَّها أعظم حرمةً علىٰ ما مرَّ. وهذا لأنَّ القصاص مبنيٌّ علىٰ النُّفوس المحترمة بحقِّ الخطاب لحمل الأمانة لا بحرمة الماليَّة، والحرُّ تمحَّضت نفسه للأمانة، والعبد بين مالٍ ونفسٍ مخاطبةٍ، فلم يستويا.

ولا يلزم الزَّمن والصَّحيح فإنَّ الصَّحيح من الطَّرف لا يؤخذ بالزَّمن، وتقتل النَّفس الصَّحيحة بالزَّمنة؛ لأنَّ الزَّمانة لا تتصوَّر في النُّفوس التي يجب القصاص بقتلها، إنَّما تحلُّ الزَّمانة[٥] في الأجزاء دون الحياة والدِّماء.

---

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٧/٣٥١)، و«الإقناع» للماوردي (ص: ١٦٢).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٣) أثر عمر رضي الله عنه، رواه عبد الرزاق (١٨١٣٩)، وابن أبي شيبة (٢٧٥١٤)، والدارقطني (٣٢٥٥). ولم أقف علىٰ أثر ابن الزبير رضي الله عنه.

(٤) رواه الدارقطني (٣٢٥٤). قال عبد الحق في «الأحكام الوسطىٰ» (٤/٧٠): «وفي إسناده جابر الجعفي، وليس بمتصل أيضًا». وانظر: «المهذب في اختصار السنن الكبير» (٦/٣١٢١).

[٥] «أ» «ن» (هي)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولنا: العمومات الموجبة للقصاص من الكتاب والسُّنة على ما تلونا في المسألة الأولى.

والمعنى فيه: أنَّ دم العبد مضمونٌ بالقصاص في الجملة، فيكون مضمونًا به في حقِّ الحرِّ؛ قياسًا على الحرِّ وتأثيره ما بيَّنَّا في المسألة الأولى، على أنَّهما سواءٌ في الحقن ـ إن كان السَّبب دارنا ـ، أو الإسلام؛ لأنَّهما مسلمان، ولما ذكرنا من العلَّة.

دلَّ عليه: أنَّ لا شبهة من جهة المحلِّ؛ لأنَّه ما فارق الحرَّ إلَّا بكونه مملوكًا، والقتل لا يُستباح بالملك لتثبت به[١] شبهة الإباحة على ما بيَّنَّا في المولى إذا قتل عبده مع أجنبيٍّ، ولو كان مبيحًا لم يكن مبيحًا إلَّا للمالك، فلا يوجب شبهةً لغيره، فإنَّ الزِّنا بالأمة يوجب الحدَّ، والملك مبيحٌ، ولم يوجب[٢] شبهةً لغير المالك.

وأمَّا الجواب عن الأوَّل: فإنَّ[٣] صدر الآية حجَّتنا، والتَّفصيل خصوصٌ لحقِّ آخر الآية[٤]، فلا يغيِّر حكم أوَّله.

وقوله[٥]: إنَّه تفسيرٌ فليس كذلك؛ بل ردٌّ لمرادٍ هو سبب النُّزول، رُوي عن ابن عباس أنَّه كان بين بني قريظة وبني النَّضير وترٌ في الجاهلية، فلمَّا أسلموا أجلوا عن قتلى، وكان لإحداهما شرف نسبٍ، فقالت: لا نرضى بالعبد منَّا إلَّا

[١] «ص» (له).
[٢] «ص» (توجد).
[٣] «أ» (أن).
[٤] «ص» (الخطاب).
[٥] «ص» (وقولهم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بالحرِّ منهم، وبالأنثىٰ منَّا إلَّا بالذَّكر منهم، فقال الله تعالىٰ: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ﴾ [البقرة: ١٧٨]، ردًّا لسؤالهم بسبب شرف النَّسب(١). ألا ترىٰ أنَّ العبد يُقتل بالحرِّ، والمرأة تُقتل بالرَّجل، والرَّجل بالمرأة[٢].

وأمَّا أخبار الصَّحابة فقد روىٰ محمَّد عن عليّ رضي الله عنه مثل مذهبه، وكان عليّ بالكوفة وتوفِّي بها، فكان أهل الكوفة أعلم بمذهبه.

أو نجعل سوىٰ[٣] ذلك أوَّل قوليه، وهو مذهب ابن عمر رضي الله عنه، فيكون بين الصَّحابة اختلافٌ.

وعن المعنىٰ: أنَّه يبطل بالزَّمن مع الصَّحيح ودفعه حجَّتنا، فإنَّ الزَّمانة ــ وإن كانت[٤] لا تثبت في الدِّماء والحياة ــ، فكذا الرِّق يختصُّ بالأجزاء، فيظهر في حقِّ الطَّرف دون النَّفس. القصاص قتلٌ[٥]؛ وهو أخذ الحياة من الأجزاء المرقوقة، والحياة بعينها غير مرقوقةٍ علىٰ ما بيَّنَّا في مسألة دية العبد المقتول. ولا يجوز أن يمتنع لفضل[٦] الحرِّيَّة، فإنَّ العبد إذا قتل عبدًا، ثمَّ أعتق قُتل به والفضيلة قائمةٌ [فثبت][٧]، أنَّها غير مانعةٍ.

ولأنَّ فضيلة الحرِّيَّة لم تجعل سببًا مانعًا للعبد من التَّعرض له بقتلٍ واجبٍ،

(١) لم أقف عليه من رواية ابن عباس رضي الله عنهما، وانظر «تفسير الطبري» (١٠/٣٥٩).

[٢] «ص» زيادة (والذكر بالأنثىٰ).

[٣] «ص» (ما يخالف).

[٤] «أ» «ن» (كان)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (قبل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» (لفصل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فإنَّه يقتله علىٰ كفره، ويرجمه علىٰ زناه بأمر الإمام.

بخلاف فضيلة الأبوَّة علىٰ الابن علىٰ ما مرَّ.

والمعنىٰ في المسألة ـ ما مرَّ ـ: أنَّ القصاص يبتنىٰ علىٰ مساواة الدِّماء في سبب ضمانها؛ لأنَّه إراقة دمٍ بدمٍ مضمونٍ، والعبد والحرُّ سواء في سبب ضمان الدِّماء؛ لأنَّه إن كان بالإسلام، فإسلامهما سواء، وإن كان بالإحراز بدار الإسلام، فهما في الدَّار سواء[١]؛ لأنَّ الإسلام لا يفرِّق بينهما في حكم دار الإسلام. ألا ترىٰ أنَّ إحرازهما سواء في حقِّ المال، ويجب القطع بسرقة مال العبد المأذون والمكاتب؛ كمال الحرِّ، فتبقىٰ العبرة بعد هذا لشبهة الإباحة في المملوك بسبب الملك، أو لكون المملوك ممَّن لا يستحقُّ القتل علىٰ القاتل لفضيلةٍ؛ كالولد لا يقتل والده.

ولا شبهة في مسألتنا؛ لأنَّ العبد يُقتل بالعبد، ولو تمكَّنت[٢] الإباحة بكونه مملوكًا لما وجب القصاص بقتله أيَّ قاتلٍ كان؛ لأنَّ الشُّبهة لمعنىٰ في المحلِّ، وإنَّه لم يختلف علىٰ ما مرَّ بيانه.

ولأنَّ[٣] الآدميَّ خلق معصومًا عن القتل كرامةً من الله تعالىٰ [له][٤] علىٰ ما لزمه من حمل الأمانة ليبقىٰ بتلك العصمة، فيحملها أو يؤدِّيها إن كان حمل لا يستباح إلَّا بسبب معصيةٍ يرتكبها، وإذا كان أصل الإباحة بسبب المعصية فشبهة الإباحة لا تثبت إلَّا بذلك السَّبب، وأن يكون مملوكًا ليس بمعصيةٍ، فإنَّه يكون

[١] «ص» (فهما من أهل الدار علىٰ السواء).

[٢] «ص» (كانت).

[٣] «أ» (وإن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

كذلك مع كونه أتقىٰ أهل عصره.

ولأنَّ المعصية فعله بخلاف أمر الله تعالىٰ أو نهيه، وهذا حكم الله تعالىٰ.

وهذا كما يُقال: إن استيفاء الحدِّ منه[١] لا يكون معصيةً منه؛ لأنَّه فعل غيره، ولأنَّه إقامة حكم الله وعلىٰ ما بيَّنَّا في مسألة المولىٰ يقتل عبده مع أجنبيٍّ أنَّ قتل المولىٰ عمدٌ محضٌ ما فيه شبهة إباحةٍ بوجهٍ.

ولأنَّ المولىٰ لا يملك منه إلَّا الماليَّة، وإنَّها تختصُّ بالأجزاء المنتفع بها انتفاع الأموال؛ كما يكون من الثَّوب والبهيمة والقصاص لا يبتنىٰ عليها علىٰ ما مرَّ، وإنَّما يبتنىٰ علىٰ الدَّم الذي تتعلَّق به الحياة، والعبد من حيث إنَّه حيٌّ صالحٌ للخطاب غير مملوكٍ، ولا صار مالًا بدلالة بقاء الخطاب عليه، وثبوت كرامات المخاطبين له قبل الخطاب لبقائه علىٰ تلك الأهليَّة في العاقبة.

وعلىٰ ما بيَّنَّا في المولىٰ لا يُقيم الحدَّ علىٰ عبده[٢]، وإنَّ ضمان دم العبد ضمان دم الحرِّ لا ضمان مالٍ، ولمَّا لم ينفذ[٣] ملك المولىٰ إلىٰ الدَّم ـ حقيقةً ولا حكمًا ـ بقي علىٰ ما كان قبل الرِّق.

بخلاف الرَّجل يزني بأمته التي هي أخته من الرَّضاعة فلا يحدُّ[٤] وإن لم تثبت الإباحة لشبهةٍ ثبتت بسبب الملك؛ لأنَّ حلَّ البضع وإن لم يكن مالًا؛ فهو ممَّا يثبت بأسباب الملك كالنِّكاح، وملك الرَّقبة جعل سببًا شرعًا لملك المتعة

---

[١] «أ» «ن» (الخدمة)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (مملوكه).

[٣] «ص» (يتعد).

[٤] «أ» «ن» (فإنَّها لا تُحدُّ)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

في الجملة ؛ فأوجب شبهة فيما نحن ـ وإن لم يعمل ـ ، ثمَّ لا يوجب شبهةً في حقِّ غير المالك ، ويجب الحدُّ بزناها كما يجب بزنا الحرَّة . وكلامنا في قتل غير المالك ، ولا يجوز أن يمتنع لفضل الحرِّية ، فإنَّ العبد إذا قتل عبدًا ، ثمَّ أعتق قُتل به ، ولو امتنع لفضله[١] لما قتل ؛ كما لو وجب القصاص على رجلٍ ، فمات الوليُّ وورثه ابن القاتل سقط لفضل الأبوَّة .

ولأنَّ الشَّرع لم يجعل فضل الحرِّيَّة[٢] مانعًا للعبد أن يتعرَّض له بقتلٍ واجبٍ ، فإنَّ العبد يقتله على كفره وزناه ، فكذلك عن القصاص .

بخلاف الأبوَّة فإنَّها[٣] تمنع الابن عن التَّعرض له بقتلٍ واجبٍ بكفرٍ أو رجمٍ ، فكذلك[٤] بالقصاص .

دلَّ عليه أنَّ القصاص يجب زاجرًا عن فعل القتل[٥] على ما مرَّ ، وما يجب بسبب إتلاف المال يجب جابرًا للفائت ، ولا يسقط بشبهةٍ .

[والجواب عن قوله: «الحرُّ بالحرِّ» أنَّه تفصيلٌ لبعض ما تضمنه العموم ، فلا يوجب تخصيصه ؛ بل يوجب تأكيدًا فيما فصل . ألا ترى أنَّ الذَّكر يُقتل بالأنثى على أنَّ هذه الآية إن خصَّت ، فلا تمنع عموم غيرها من الآيات .

وعن ابن عباس أنَّ الآية نزلت في بني قريظة وبني النَّضير ، فقد كان بينهما

---

[١] «ص» (لفضيلة).
[٢] «ص» (الأبوة).
[٣] «أ» (فإنما) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» (فكذا).
[٥] «ص» (العبد).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وترٌ في الجاهلية ، فلمَّا أسلموا أجلوا عن قتلىٰ ، وكان لأحدهما فضلٌ علىٰ الآخر فقالوا: لا نرضىٰ لإناثنا إلَّا بالذَّكر ، ولا لعبدنا إلَّا بالحرِّ ، فأنزل الله تعالىٰ هذه الآية ردًّا عليهم ، وأن لا عبرة لفضلٍ في باب القصاص.

وقول[١] عليٍّ: «السُّنة» لا يدلُّ علىٰ سنَّة الرَّسول ، فإنَّ القياس من السُّنة علىٰ أنَّ محمَّدًا روىٰ عنه بخلافه وهو الصَّحيح ، فإنَّه أقام بالكوفة وتوفِّي بها ، فما يخالف هذا يكون أوَّل قوله][٢].

|١٣٣٤| مسألةٌ: المكاتب إذا قتل عمدًا وترك وفاءً ووارثًا غير المولىٰ[٣] فإنَّه لا قصاص ، لاشتباه المستحقِّ حتَّىٰ اختلفوا فيه.

وإذا كان الوارث مولاه وجب القصاص للمولىٰ عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمَّد: لا يجب ، والمسألة مذكورةٌ في المكاتب من كتاب العتاق ؛ لأنَّ الشُّبهة بتلك المسائل تُعرف ، وإنَّما اشتبه هذا لاشتباه المقتول في نفسه أنَّه قتل عبدًا أم حرًّا ، فرجعت الشُّبهة إليه.

|١٣٣٥| مسألةٌ: اللَّقيط إذا قتل عمدًا لم يجب القصاص عند أبي يوسف ؛ لأنَّه ابن الدَّار ، فالظَّاهر أنَّ له [فيها][٤] وليًّا ، فتثبت الشُّبهة[٥] أنَّ

---

[١] «أ» (قوله) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] «أ» (الولي).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (فأوجب شبهة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

السُّلطان ليس بوليٍّ.

ويجب القصاص عند أبي حنيفة ومحمَّد بناءً للأمر على الظَّاهر دون الموهوم[١]، كالحربِّي إذا أسلم وخرج[٢] إلينا، ثمَّ قتل [عمدًا][٣] = يجب القصاص، ويتوهَّم إسلام وليٍّ له؛ لأنَّه ليس بظاهرٍ.

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (بناء على ظاهر العدم).

[٢] «ص» (ويهاجر).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ
القصاص فيما دون النَّفس

تكلَّمنا في أوَّل الكتاب في قطع اليدين بيدٍ واحدةٍ، ويد الذَّكر بالأنثى[1]، ونحوهما.

|١٣٣٦| مسألةٌ[2]: رجلٌ قطع يميني[3] رجلين بضربتين كان لهما قصاصٌ في يمينه، وأرشٌ بينهما.

وقال الشَّافعي: الأوَّل أوْلى بالقصاص(٤).

لأنَّهما استويا في سبب الوجوب، وترجَّح أحدهما بالبداية، فيصير أوْلى.

ولأنَّه ثبت لكلِّ واحدٍ قصاصٌ على حدةٍ؛ لأنَّه وجب بسببٍ على حدةٍ، والقصاص لا يحتمل الاشتراك قصدًا؛ لأنَّه إنَّما يقع بتمليك البعض، أو إسقاط البعض، وكلُّ ذلك ممتنعٌ.

|١٣٣٧| مسألةٌ[5]: ولهذا قلت: لو قطع يمينهما بضربةٍ واحدةٍ لم يقطع يمينه لهما؛ بل أقرع القاضي بينهما؛ لأنَّ الضَّربة ــ وإن كانت واحدةً من جهته ــ فباقتران[6] المحلِّ صارت ضربتين في كلِّ واحدٍ منهما؛ كأنَّه قطعت يده بضربةٍ

[1] «ص» (ويد المرأة بالرجل).
[2] هذه المسألة ليست في «ص».
[3] «ص» (يمين).
(٤) انظر: «الأم» للشافعي (٦/٢٤).
[5] هذه المسألة ليست في «ص».
[6] «أ» (فبافتراق).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

واحدةٍ علىٰ حدةٍ ، فلم يجب لكلٍّ واحدٍ إلَّا قصاصٌ كاملٌ ، فلم يحتمل الاشتراك .

ولنا: أنَّه إذا قطعهما جملةً فقد استويا ـ لا محالة ـ استحقاقًا ، فيستويان استيفاءً ، والقرعة باطلةٌ علىٰ ما مرَّ في العتاق ، كالغريمين في التَّركة والموصىٰ لهما في عبدٍ بعينه ، وكلُّ واحدٍ منهما أوصىٰ له بكماله ، والشَّفيعان في الشُّفعة .

ثمَّ قوله: لا يحتمل الشَّركة قصدًا [أنَّه لا يحتمل الشَّركة][1] إيجابًا ؛ لا أنَّ[2] اليد لا تحتمل الشَّركة قطعًا بهما ، فإنَّهما إذا قطعاه بضربةٍ ، فقد قطع كلُّ واحدٍ منهما النِّصف ، أو أمر رجلًا واحدًا حتَّىٰ قطعه .

وقد حقَّقنا هذا في مسألة اليدين لا تقطعان بيدٍ واحدةٍ بخلاف القتل ؛ لأنَّ القطع ممَّا يحتمل التَّجزِّي والمقاصَّة في القطع بالقطع ، فيصير إذا قطعا كلّ واحدٍ منهما مستوفيًا نصف حقِّه ، وعجز عن النِّصف بإيفاء من عليه القصاص حقًّا عليه بذلك النِّصف ، فيغرم الأرش للآخر ؛ كما لو أوفاها أحدهما الكلَّ غرم للآخر .

وإذا ثبت هذا فكذلك إذا تفرَّق المقطع[3] ؛ لأنَّ حقَّ الأوَّل ـ وإن سبق ـ لم يمنع ثبوت حقِّ الآخر .

بدلالة: أنَّ الآخر لو بادر فقطع صار مستوفيًا حقَّه ؛ ولأنَّ اليد بعد وجوب القصاص في حكم الفارغة ؛ إلَّا من حيث تمكُّن[4] من له الحقُّ علىٰ الأخذ علىٰ ما مرَّ ، أنَّها لو قطعت بظلمٍ كان الضَّمان له لا لوليِّ القصاص ؛ ولأنَّ عينها لا

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[2] «أ» (لأن) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[3] «ن» (القطع) .

[4] «ن» (تمكين) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

تحتمل التَّملك.

وإذا كان العين فارغةً فيما وراء التَّمكين من القصاص وجب للآخر؛ كما لو لم يكن عليه قصاصٌ.

كمن أوصىٰ لرجلٍ بعبدٍ، ثمَّ لآخر، ثبت للثَّاني، كأن لا وصيَّة قبله؛ لأنَّ الاستحقاق بسبب الوصيَّة لا يتعلَّق بالعين إلَّا بعد الموت، وكذلك الغريمان سواءً في التَّركة إذا ضاقت، وإن تفرَّق الوجوب.

ألا ترىٰ أنَّ اليد إذا وجب فيها قطعٌ بسرقةٍ، وقصاصٍ بُدئ بالقصاص، وإن سبقت السَّرقة؛ كما لو تأخَّرت السَّرقة؛ لأنَّ العين لا تستحقُّ بوجوب قطعها.

|١٣٣٨| مسألةٌ: فلو قضىٰ القاضي بالقطع بينهما والأرش بينهما، ثمَّ عفا أحدهما كان حقُّ الآخر في القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانًا.

وقال محمَّد في الدِّية[١]؛ لأنَّ القاضي [لَمَّا قضىٰ][٢] بالتَّنصيف[٣] في موضع أطلق له الشَّرع ذلك، فأخَذ شبهة التَّنصيف لا محالة[٤]، والقصاص يسقط

---

[١] «ص» (حق الآخر في الأرش).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (بذلك).

[٤] «ص» (أخذ بشبهة الثبوت بقدر ما أطلق، وإنما أطلق له فعل القصاص مشتركا، كذلك الأرش، فأشبه قصاصا في يد وزيادة، وأرش يد وزيادة، ولو تحقق ذلك بطل القصاص بعفو أحدهما، فكذا هذا. ألا ترىٰ أنهما لو استوفيا الأرش، أو أحدهما، ثم المستوفي كان حقُّ الأرش في الأرش بالاستيفاء، ولا تتثبت بالاستيفاء إلَّا ما ثبت بالقضاء فإن الحق إن كان يجب في الأروش بالاستيفاء وكذلك بالقضاء؛ ولكن شبهة السقوط لم تثبت بنفس القضاء؛ لأن القاضي لم يجعل إليه ولاية الإسقاط؛ بل جعل الله ولاية التسوية بينهما، وذلك في الحاق الواجب بقصاص=

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

بأدنى الشُّبهة؛ كما في الحقيقة، ولو كان قصاصًا بينهما حقيقةً في يدٍ[١] بحقِّ الإرث فعفا أحدهما، كان حقُّ الآخر في الأرش، فكذا هذا.

دلَّ عليه: إذا استوفى أحدهما نصيبه من الأرش، ثمَّ عفا بطل حقُّ الآخر، فلمَّا كان الاستيفاء يوجب شبهة التَّنصيف، فكذلك القضاء بالأرش بينهما يوجب شبهة التَّنصيف، وإذا ثبت في الأرش ثبت مثله في القصاص.

ولئن قلت: بالاستيفاء يملك الأرش وجب أن يملك بالقضاء؛ لأنَّ المال ممَّا يملك في الذِّمَّة بسببه، والقاضي قضى في موضعٍ أطلق له الشَّرع ذلك، فكان سببًا.

= مورروث فيأخذ شبهة الشركة وحقيقة غير مبطلة، فكذا شبهتها ولهما أن قضاء القاضي هاهنا فتوى وليس بقضاء، فلا نأخذ شبهة القضاء؛ كفتوى المفتي.

والدليل عليه أنه قضى بالشركة فيما لا يقبل الشركة، فلغى كبيع الحر والقضاء به.

وإنما قلنا: لا يقتله لأن الكامل لكل واحد لا يصير مشتركا إلا بإبطال حق واحد في النصف والقصاص لا يقبل إبطال بعضه مع بقاء البعض لأنه لا يتجزَّأ ثبوتا ولا سقوطا في نفسه؛ لأن القضاء لما قضى بالإسقاط، فإنه لو قضى به واحد شبهة إسقاط نصف كل واحد منهما لبطل الكل وكذلك القضاء في الأرش؛ لأنه لا يجب له إلا بعد سقوط القصاص على ما مر، فكان قضاؤه قبل حين وجوبه فلغى.

بخلاف ما إذا استوفى أحد أو استوفاه لأن للقبض تأثيرا في إيجاب الحق والملك ما ليس للقول.

ألا ترى أن نفقة المرأة لا تملك بالقضاء وتملك بالاستيفاء، وضمان العقد لا تثبت بالمقاولة، والمعارضة وتثبت على سوم البيع فجاز أن تثبت شبهة الإيجاد بالاستيفاء ولا تثبت بالقضاء وكذلك يجب أن تثبت الشبهة لو استوفاه بلا قضاء وكلامنا يجعل القضاء فتوى لا غير وتلك الشبهة عندنا تثبت بلا قضاء وقبله لا تثبت بلا قضاء ولأنهما متى استوفيا القصاص معا صار بينهما على الشركة ولا يثبت بالقول فأوجب استيفاء الأرش شبهة الشركة وإن لم تثبت بالقول لأنه أحد عوضيه والله سبحانه أعلم).

[١] «أ» (يده).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

ولهما: أنَّ هذا من القاضي فتوىٰ بأنَّ حقَّكما أن تستوفيا منه قصاصًا وأرشا، لا أن يكون قضاءً، فصار بمنزلة غيره[1] فلا يثبت قضاءً، ولا شبهة قضاءٍ.

وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّه قضاءٌ بالشَّركة في غير محلِّه [فيلغو؛ كبيع الحرِّ، ولا يأخذ شبهةً.

وإنَّما قلنا: في غير محلِّه][2]؛ لأنَّ القصاص الكامل لإنسانٍ لا يحتمل الاشتراك علىٰ ما قاله الشَّافعي؛ لأنَّه لا يثبت إلَّا بتنصيفٍ، والكامل لا يصير نصفًا إلَّا بإسقاط البعض، وإنَّه لا يتبعَّض سقوطًا.

وأمَّا القضاء بتنصيف الأرش بينهما؛ فلأنَّه قضاءٌ قبل الوجوب، فكان في غير محلِّه؛ لأنَّ محلَّه الأرش، ولم يكن واجبًا، فصار قضاءً بالشَّركة في معدومٍ.

وإنَّما قلنا: الأرش لم يجب بعد؛ لما ذكرنا في المسألة الأولىٰ أنَّ حقَّ كلِّ واحدٍ منهما في القصاص كلِّه؛ كأنَّه لا شريك، وإنَّما يجب الأرش بعد القطع؛ لأنَّ من عليه أوفىٰ بما انتقص من كلِّ واحدٍ منهما قصاصًا للآخر كان عليه. كما لو كان عليه قطع سرقةٍ وقصاصٌ بلا أرشٍ، فلو قطعت يده بسرقةٍ قبل القصاص وجب الأرش إلَّا أنَّهما إذا استوفيا الأرش، أو أحدهما كان أخذًا علىٰ طريق استيفاء الواجب [في][3] قصدهم، وإن استعجلوا قبل سقوط القصاص، فأدون أحوال الأمر أن يأخذ شبهة الاستيفاء. ألا ترىٰ أنَّهم ما أخطؤوا إلَّا التَّرتيب، وكان هذا علىٰ مثال من زُفَّت إليه غير امرأته، فدخل بها لم يجب الحدُّ؛ لأنَّه قصد الحلال فيه، ووجب له الأرش. وإذا ثبت شبهة الاستيفاء في الأرش ثبت شبهة

---

[1] «أ» (غير)، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

السُّقوط بقدره إذا عفا الآخر وصفا الحقُّ له، ولم يظهر[١] قبله، كما قال محمَّد قبل الاستيفاء بنفس القضاء.

|١٣٣٩| مسألةٌ: إذا قطع رجلٌ يد رجلٍ، ويد المقطوع[٢] كاملةٌ، ويد القاطع عليها إصبعان= يخيَّر وليُّ القصاص عندنا: إن شاء أخذ الأرش، وإن شاء قطع يده، ولا أرش له.

وقال الشَّافعي: يقطع [ويأخذ][٣] أرش ثلاثة أصابعٍ(٤).

لأنَّ المساواة من حيث الأصابع وأبعاض اليد معتبرةٌ في القصاص في اليد ـ على ما مرَّ ـ أنَّه معتبرٌ بالأموال، ولهذا يُخيَّر[٥] بالإجماع بخلاف النَّفس.

ولمَّا اعتبرت قلنا: إنَّه استوفى بعض حقِّه بالقطع، فيأخذ أرش ما بقي. كما لو قطع رجلٌ يميني رجلين فقطعا اليد بينهما= فإنَّهما يأخذان أرشًا بينهما؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ [منهما][٦] ما أخذ إلَّا النِّصف. وكما لو قطع يديه وله يدٌ واحدةٌ اقتصَّ في يده وأخذ أرش يدٍ.

ولنا: أنَّ المساواة في القصاص في قطع اليد باليد؛ لأنَّ وليَّ القصاص لا يملك اليد المقطوعة، وإنَّما يملك قطع اليد بما قطعت من يده، والقطعان في

---

[١] «أ» (يظاهر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (المقطوعة)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٤) انظر: «المهذب» للشيرازي (١٨٦/٣)، و«العزيز شرح الوجيز» (٢٣٨/١٠).

[٥] «ص» (يجبر).

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

مسألتنا سواء من حيث إزالة كلِّ الكفِّ عن الذِّراع.

وإنَّما اختلفت[١] صفتا المقطوع، فالأوَّل يدٌ كاملةٌ، وهذه ناقصةٌ، وحقُّه قطع يدٍ مثل يده. ولمَّا اعتبر الوصف في الطَّرف ـ وقد وجده ناقصًا ـ لم يجبر على استيفائه؛ كما في الأموال، لأنَّها معتبرةٌ بها، ولكن إن استوفى لم يبق له حقٌّ في تضمين الوصف من يده؛ لأنَّ المذهب عندنا أنَّ الحرَّ بأطرافه لا يتقوَّم مالًا، وإنَّما وجب المال بالشَّرع ـ بخلاف القياس ـ عن النُّفوس المضمونة حال تعذُّر وجوب ضمانها قصاصًا لعذرٍ مانعٍ منه، حتَّى لا تهدر النُّفوس المضمونة، فأمَّا إذا وجب القصاص فلا.

وإذا كان كذلك قلنا: إن أبى[٢] القصاص لمعنى النُّقصان، فقد تعذَّر بسببٍ هو في القاطع، فوجب الأرش حتَّى لا تهدر يده، وإن رضي بالنُّقصان، واستوفى القطع كملًا= لم يتقوَّم وصف يده الزَّائد مع القصاص؛ لأنَّه لا قيمة له مع القصاص. كمن [كان][٣] له على رجلٍ دراهم جيادٍ، فاستوفى مكانها زيوفًا، ورضي بها، لم يكن له أن يأخذ بإزاء الجودة شيئًا؛ لأنَّ الشَّرع أبطل قيمة الجودة عند المقابلة بمثله وزنًا من جنسه.

بخلاف قطع يميني رجلين؛ لأنَّهما لمَّا قطعا يده[٤] والقطع ممَّا يتجزَّأ ـ على ما مرَّ ـ [صار][٥] كلُّ واحدٍ مستوفيًا بعض حقِّه، فلم يهدر الباقي لمَّا تعذَّر

---

[١] «أ» «ن» (اختلف)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (ابن)، «ص» (أتى)، والمثبت من «ن».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (هذه)، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بعذرٍ في المقتصِّ منه[١]، وتحوَّل مالًا. كرجلين لكلٍّ واحدٍ على رجلٍ درهم، فاستوفيا درهمًا بينهما= بقي حقُّهما.

[وبخلاف ما لو قطع يديه؛ لأنَّ هناك وُجد قطعان، وقد أمكن القصاص في أحدهما، وبقيت في الآخر، وههنا بخلافه، على ما بيَّنَّا][٢].

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (المقبوض فيه).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْلٌ
الشُّبهة من جهة[١] القاتل

قتل الصَّبي والمجنون لا يأخذ حكم العمد.

وقال الشَّافعي ـ في قول ـ: عمده عمد(٢).

والمسألة مذكورةٌ في باب الكفَّارة[٣].

|١٣٤٠| **مسألةٌ**[٤]: لا يقتل الأب بالابن عندنا، وعند عامَّة العلماء.

وكذلك الابن إذا ورث قصاصًا على أبيه سقط.

وقال مالك: يقتل بابنه[٥]، وللابن أن يقتل أباه بالقصاص الذي يرثه أو يجب له بقتل وليِّه(٦).

وذهب إلى العمومات الموجبة للقصاص من غير تفصيلٍ. وإلى قوله ﷺ: **«العمد قودٌ من قُتل له قتيل فوليُّه بين خيرتين؛ إن شاء أقاد، وإن شاء أخذ[٧] الدِّية»**(٨).

---

[١] «ص» (في حق).

(٢) في «الأم» للشافعي (٦/٣٠): «قال الربيع: وللشافعي قول آخر لا تحمل العاقلة عمد الصبي، وهو في ماله إن كان له مال، وإلا فدين عليه».

[٣] «ص» (عمد الصبي والمجنون، وقد مرت في فصل الكفارة).

[٤] هذه المسألة تقدمت في «ص» بعد مسألة (اللقيط إذا قتل عمدا...).

[٥] «ص» (يقتل الوالد بولده).

(٦) انظر: «عيون المسائل» للقاضي عبد الوهاب (ص: ٤٢٧)، و«الذخيرة» للقرافي (١٢/٣٢٠).

[٧] «ص» (إن شاؤوا أقادوا، وإن شاؤوا أخذوا).

(٨) سبق تخريجه.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأنَّ القصاص أحد ضماني النَّفس، فيجب على الأب بقتل الابن[١] وقتل وليِّه؛ قياسًا على ضمان الدِّية مغلَّظةً في ماله الذي لا يجب بالخطإ.

ولأنَّ النَّفس مضمونةٌ كالمال؛ بل أقوىٰ، ثمَّ الأبوَّة لم تؤثر في إسقاط ضمان المال إذا أتلف بغير حقٍّ فكذلك في النَّفس.

ولأنَّ القصاص عقوبةٌ والعقوبة تتأكَّد بتأكُّد الحرمة، والحرمة تتأكَّد بالأبوَّة والبنوَّة، فبينهما زيادةُ وُصْلةٍ يجب بها زيادة كرامةٍ.

بخلاف المولىٰ والعبد؛ لأنَّ ما يجب للعبد يجب لمولاه فيسقط؛ لأنَّه يجب له عليه، وكما لو ورث قصاصًا عليه فإنَّه يسقط. ألا ترىٰ لا يضمن المال كما لا يضمن القصاص.

ولعامَّة العلماء: قول الله تعالىٰ: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَـٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَـٰنًا﴾ [الأحقاف: ١٥] أي: وأمرنا. ولمَّا استحقًّا عليه الإحسان إليهما بالولادة[٢] حرم عليه التَّعرض لهما بالقتل؛ لأنَّه نهاية العقوبة ووجب العدول إلى المال ليكون إحسانًا إليهما بأخذ المال مكان النَّفس.

وقال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن جَـٰهَدَاكَ عَلَىٰٓ أَن تُشْرِكَ بِى مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا ۖ وَصَاحِبْهُمَا فِى ٱلدُّنْيَا مَعْرُوفًا ۖ﴾ [لقمان: ١٥]، والقتل يبطل كلَّ معروفٍ والاكتفاء عن القتل بالمال معروف. ألا ترىٰ أنَّ المخطئ الذي عذر بخطئه عن العقوبة اكتفىٰ عنه بالمال، وكان من المعروف، ولهذا يحرم قتل أبيه المرتدِّ، وقتل أبيه المشرك الحربيّ؛ إلَّا أن يقصد الابنَ بالقتل، فيقتله دفعًا؛ كما بعد الإسلام.

---

[١] «أ» «ن» (للابن بقتله)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (بالولاية).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولهذا لا يحلُّ له أن يرجم أباه ـ وإن لزمه ذلك حدًّا ـ؛ لأنَّه استحقَّ عليه أن يعامله في نفسه بالمعروف. ولهذا لا يحلُّ له أن يستأجر أباه لخدمته، ولو أجَّر الابن نفسه لخدمة أبيه لم يجب الأجر؛ لأنَّه معاملةٌ بالمعروف في نفسه، وإنَّه حقٌّ عليه بحقِّ الأبوَّة، فلم يجز أخذ الأجر عليه. ويستولد جارية ابنه فيصحُّ، ويملكها، ويأخذ ماله عند الحاجة، ويحلُّ، ويلي على ماله ونفسه بلا توليةٍ، ولا سلطنة؛ فكم[١] من حقٍّ ثبت له خالصًا ـ باسم الأبوَّة ـ ما شاركه فيه الأقارب، ولا الابن. وهذا ليُعرف بحقِّ الأب ـ الذي هو سببٌ لوجود الولد ـ عظم حقِّ الله تعالى الذي هو الخالق على الحقيقة.

وقال الله ﷻ: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا﴾ [الإسراء: ٢٣]. ولا يجوز الحمل على الأبوين الذِّمِّيين؛ لأنَّ الاحترام يجب بالذِّمَّة حينئذٍ، وإن لم يكونا أبوين.

ويُروى أنَّ أبا عامر[٢] كان أشدَّ النَّاس إيذاءً لرسول الله ﷺ [بالمدينة][٣]، وكان ابنه حنظلة من خيار المسلمين، فقال: يا رسول الله، إنَّه ينام في حجري، فأذن لي أن أحزَّ رقبته، فلم يأذن له رسول الله ﷺ(٤).

وقال النَّبي ﷺ: «لا يُقتل والدٌ بولدٍ»(٥). وقال لرجلٍ: «أنت ومالك لأبيك».

---

[١] «أ» «ن» (حكم)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (عمر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٤) لم أقف عليه في الكتب المسندة، وفي «الإصابة» لابن حجر (١١٩/٢): «وروى ابن شاهين بإسناد حسن إلى هشام بن عروة عن أبيه، قال: استأذن حنظلة بن أبي عامر وعبد الله بن أبيّ ابن سلول رسولَ الله ﷺ في قتل أبويهما، فنهاهما عن ذلك».

(٥) رواه أحمد (٣٤٦)، والترمذي (١٤٠٠)، وابن ماجه (٢٦٦٢)، والدارقطني (٣٢٧٣)=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وقال النبي ﷺ: «إنَّ أطيب ما يأكل الرَّجل من كسبه، وإنَّ ولده من كسبه»(١).
وظاهر هذا النَّص يجعله كالعبد، وأن يكون للأب ما يجب له، فإن قام الدَّليل علىٰ أنَّه لا يجب للأب ما يجب للابن[٢] لم يتخلَّف عن إبقاء[٣] شبهة الوجوب له، والقصاص يسقط بالشُّبهات، فلم يجب كما لا يجب الحدُّ إذا زنا بأمة ولده لقيام شبهة الملك بهذا النَّص، وإن لم يجب الملك بالإجماع، علىٰ ما بيَّنَّا في حدِّ الشُّبهة.

ولا يلزم إذا زنا بابنته؛ لأنَّه لا رواية.

ولأنَّ هذا الأمر تمليكٌ، فإنَّما يوجب شبهة الملك فيما هو محلٌّ[٤] الملك؛ لا في الحرَّة التي ليست بمحلٍّ، [وههنا يعمل في الواجب بالقتل من القصاص، فإنَّه ممَّا يملك، فما يجب للولد يثبت للأب فيه شبهة الملك؛ كما يثبت في أمة الولد، وكذلك إن قتل ولده][٥]؛ لأنه يجب للولد ثمَّ يورث عنه[٦]، أو يثبت

= عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وفي إسناده الحجاج بن أرطأة وقد توبع عليه، وصحح البيهقي سنده. وانظر: «معرفة السنن والآثار» (١٢/٤٠)، و«نصب الراية» (٤/٣٣٩)، و«التلخيص الحبير» (٤/٥٤).

وفي الباب عن ابن عباس ﷺ، رواه الترمذي (١٤٠١) والدارقطني (٣٢٧٥). قال الترمذي: هذا حديث لا نعرفه بهذا الإسناد مرفوعا، إلا من حديث إسماعيل بن مسلم، وإسماعيل بن مسلم المكي قد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه.

(١) سبق تخريجه.

[٢] «أ» «ن» (له)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (إيفاء)، والمثبت من «ن»، ولم تضبط في «ص».

[٤] «أ» «ن» (بمحلٍّ)، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» «أ» (والواجب من الحدِّ يجب لله لا للولد، ثمَّ يورث عنه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بشبهة الثُّبوت له، والشُّبهة كافيةٌ.

والفقه في المسألة نوعان:

أحدهما: [أنَّ][١] ضمان القتل[٢] ـ لو وجب للقاتل حقيقةً ـ لم يجب؛ كما في قتل العبد، ولو[٣] ورث ضمانًا[٤] عليه فإنَّه يسقط، فإذا تمكنت[٥] شبهة الوجوب للقاتل لم يجب ما يسقط بالشُّبهة، وكذلك[٦] يسقط بها بعد الوجوب كالحدِّ، وفيما يجب[٧] للابن ـ ممَّا يملك ويورث ـ يثبت للأب شبهة الملك المسقط لما سقط بالشُّبهة؛ حتَّىٰ إذا زنا بأمة ولده لا يحدُّ لشبهة الملك [فيها][٨]، والقصاص ممَّا يورث، فتثبت شبهة الملك للأب فيسقط؛ لأنَّه مثل حدِّ الزِّنا في السُّقوط بالشُّبهة.

ولأنَّه كان جزءًا[٩] منه كالعضو، فبقيت شبهة أنَّه بعضه ـ وإن انفصل ـ، وضمان بعضه حقيقةً يجب له، فبقيت شبهة الوجوب له في ضمان ولده.

والثَّاني: أنَّ فضيلة الأبوَّة تحرم علىٰ الولد التَّعرض له بالقتل والجرح، وإن كان حقًّا في الجملة؛ كما لا يقتله علىٰ الرِّدَّة والكفر والزِّنا، فإن لم يسلم نقلنا

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (أن القياس).

[٣] «ص» (وكما لو).

[٤] «ص» (قصاصا).

[٥] «أ» «ن» (تمكّن)، والمثبت من «ص».

[٦] «ص» (ولذلك).

[٧] «ص» (نحن).

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٩] «أ» «ص» (جزاء)، والمثبت من «ن».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

الكلام إليه ؛ بل هذا أولىٰ ؛ لأنَّ النَّفس تصير مباحةً بتلك المعاصي ، ويُفترض[١] استيفاء القتل فيها[٢] ، وتبقىٰ نفس القاتل مضمونةً ، ويندب [الوليُّ][٣] القاتل إلىٰ العفو علىٰ كلِّ حالٍ .

وقد بيَّنَّا خصوصيَّة الأب في استحقاق المعروف علىٰ الابن في الاستدلال بالآية ، فلذلك[٤] لم يجز قياسه علىٰ سائر الفضائل . وهذا ؛ لأنَّ الأب أصله ، وهو[٥] سبب لوجوده ، وللأصل علىٰ الفرع من الحرمة في كلِّ موضعٍ ما لا يوجد ذلك بين فرعين ، وأقلُّ ما في الباب أنَّه يشبه أعضاءه ، فإنَّه كان جزءًا[٦] قبل الانفصال ، فتبقىٰ الشُّبهة ـ وإن انفصلا[٧] ـ فيعمل عمل الحقيقة فيما يسقط بالشُّبهة ، وإذا تحقَّقت الشُّبهة خرجت الأجوبة ، [عمَّا قال ، والله سبحانه أعلم][٨] .

❊ ❊ ❊

[١] «ص» (ويعترض) .
[٢] «ص» (منها) .
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .
[٤] «أ» (فكذلك) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٥] «أ» «ن» (وهو الذي) ، والمثبت من «ص» .
[٦] «ص» (كان كهي) .
[٧] «أ» «ن» (انفصل) ، والمثبت من «ص» .
[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

[فصل الديات][١]

اعلم بأنَّ الدِّية عن القتيل من النَّاس وجبت شرعًا بخلاف القياس ؛ لما مرَّ أن المال لا يكون مثلا لما ليس بمال ، وهذا جزاءٌ شرعًا ، فلا يجب إلَّا بشرط المماثلة ـ علىٰ ما مرَّ وبيَّنَّا في الغصب ـ ، ونص محمد بن الحسن في باب النّكاح أن شاهدي الطَّلاق بعد الدُّخول إذا رجعا لا يضمنان شيئا ؛ لأنَّ النّكاح ليس بمال .

وبيان أن لا مماثلة بين المال ، وما ليس بمال مرَّ في أوَّل الكتاب ، وفي باب النّكاح .

ولأنَّه لا مماثلة بينهما صورةً ، ولا معنًىٰ .

ولأنَّ الأموال إذا تفاوتت في قدر الماليَّة لم تكن أمثالًا ، فكيف إذا اختلفت في أصل صفة الماليَّة ؟ فثبت أنَّها وجبت شرعًا بخلاف القياس ؛ فيراعىٰ[٢] عين ما ورد الشرع به من الواجب بصفته وسببه ، فلا يعبر بالقياس ، ولا يُقاس عليه غيره .

ثم إنها تجب بدلًا عن المقتول ، لا جزاءً علىٰ القتل ـ علىٰ ما مرَّ بيانه ـ ، فتجب علىٰ نهج وجوب ضمان الأموال الذي هو بدل الفائت ، لا خلاف في هذه الجملة .

وللدية : مقدار ، وأنواعٌ ، وصفات ، وحامل ، وقد اختلف العلماء في ذلك كلِّه :

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» (فيما . . .) كلمة غير واضحة ، والمثبت من «ن» و«ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

فصل المقدار

|١٣٤١| مسألةٌ: قال علماؤنا: إنَّ دية المسلم والذِّمِّي والمستأمن سواء.

وقال الشَّافعي ﷺ: دية الكتابيِّ على ثلث ديَّة المسلم، وديَّة المجوسي ثمانمائةٍ(١).

واحتجَّ بقول الله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِىٓ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ وَأَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ﴾ [الحشر: ٢٠] ورُوي عن النَّبي ﷺ: «أنَّه قضى في دية اليهوديِّ والنَّصرانيِّ بأربعة آلافٍ، وفي دية المجوسيِّ بثمانمائةٍ»(٢). قال: وأربعة آلافٍ ثلث الدِّية على أصلي[٣]، فإنَّها اثنا عشر ألفًا.

والمعنى فيه: أنَّ الكفر أنقص من الأنوثة، فينتقص[٤] به بدل نفسه زيادةً

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٤/٣٠٨).

(٢) لم أقف عليه مرفوعا بهذا اللفظ. وروى عبد الرزاق (١٨٤٧٤)، ومن طريقه الدارقطني (٣٢٨٦) عن ابن جريج، قال: أخبرني عمرو بن شعيب، أن رسول الله ﷺ: «فرض على كل رجل مسلم قتل رجلا من أهل الكتاب أربعة آلاف درهم، وأنه ينفى من أرضه إلى غيرها». وإسناده معضل. وانظر: «نصب الراية» (٤/٣٦٥).

وقد روي من قضاء عمر وعثمان ﷺ. روى عبد الرزاق (١٠٢٢١)، وابن أبي شيبة (٢٧٤٥٤)، والدارقطني (٣٢٤٧) عن سعيد بن المسيب عن عمر قال: «دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف، والمجوسي ثمانمائة». وروى ابن أبي شيبة (٢٧٤٥٥) عن سعيد بن المسيب، قال: «قضى عثمان في دية اليهودي والنصراني بأربعة آلاف درهم». قال الذهبي في «المهذب في اختصار السنن الكبير» (٦/٣١٩١): «وروي عن عثمان بخلاف، وهو بإسنادين أحدهما غير محفوظ، والآخر منقطع». وانظر: «البدر المنير» (٨/٤٤٥).

[٣] «أ» (أصل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (فيسقط).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

علىٰ نقصان الأنوثة ، حتَّىٰ لمَّا كان التَّمجُّس أفحش من دين أهل الكتاب أوجب[١] النُّقصان أكثر .

ولهذا المعنىٰ فارق ضمان الدَّم المال ، فإنَّ ضمان مال المرأة والذَّكر سواءٌ ، فعُلم أنَّه معتبرٌ بنفسه لا بصفات المالك ، وهذا ؛ لأنَّ ضمان النَّفس بدلها ، فيُعتبر بحالها ، وضمان المال[٢] بدله ، فيُعتبر بحاله .

أو نقول: إنَّ الدِّية ما وجبت إلَّا شرعًا ـ علىٰ ما ذكرتم ـ أنَّها ليست بمثلٍ للمتلف ، والشَّرع أوجبها بسبب الحقن وحقن الذِّمِّي أنقص من حقن المسلم ؛ لأنَّ الحقن للمسلم بسبب الإسلام ، وللذِّمِّي بسبب الذِّمَّة والإسلام فوقه[٣] .

ولا يلزم المال فإنَّ ضمان المال بالمال أصلٌ ؛ لأنَّه مثله إمَّا معنًىٰ وإمَّا صورةً ، والسُّقوط كان بإباحةٍ شرعيَّةٍ ، وإذا ارتفعت الإباحة بالذِّمَّة ـ أو بالإسلام أو بالأمان ـ ظهر الضَّمان بكونه مالًا مملوكًا ، لا بزوال[٤] علَّة الإباحة ، وملكهما[٥] سواء ؛ لأنَّ أسباب الملك مشروعةٌ في [حقِّنا][٦] وحقِّهم علىٰ نمطٍ واحدٍ .

ولا يلزم العبد ، فإنَّ ديته ربَّما تزداد[٧] علىٰ دية الحرِّ ، والرِّق حالةٌ ناقصةٌ ؛

---

[١] «أ» (وجب) ، «ص» (أوجبت) ، والمثبت من «ن» .
[٢] «أ» «ن» (الدية) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «ن» (والإسلام فوق الذمة) .
[٤] «أ» (تزول) ، «ن» (لا تزول) ، والمثبت من «ص» .
[٥] «ص» (وملكها) .
[٦] ما بين [ ] ليس في «ص» .
[٧] «أ» (زاد) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

لأنِّي لا أوجب الدِّية عن العبد بدل نفسه ؛ بل أوجب ما أوجب بدل الماليَّة التي فيها ، على ما نذكر في موضعه إن شاء الله[١] .

ولا يلزم دية الابن ، فإنَّها تساوي دية الأب ؛ لأنَّ البنوَّة ليست بنقصٍ لا شرعًا ، ولا عُرفًا ، فربَّ ابنٍ يفضل أباه شرفًا ودينًا وعبادةً[٢] ، وإنَّما وجب حقُّ الأب عليه من طريق سابقة الإنعام عليه بالإيلاد ؛ كما يكون لمن علَّم غيره شيئًا فضلٌ عليه ، أو أكرمه بمالٍ ، وبهذه المعاني لا تتفاوت أبدال النُّفوس[٣] . ألا ترىٰ أنَّه فضِّل بفعله لا بنفسه ، والبدل للنَّفس ، فلا يزداد بصفةٍ لا تثبت لنفسه ، ولا ينتقص[٤] .

ولنا ما رُوي عن النَّبي ﷺ في خطبة الوداع من الحديث المشهور: «ألا إنَّ قتيل خطإ العمد قتيل السَّوط والعصا فيه مائةٌ من الإبل»(٥) ، ولم يذكر صفة القتيل من كفرٍ أو إسلامٍ ، فيكون التَّعليق بصفة الإسلام زيادةً علىٰ النَّص ، فيجري مجرىٰ النَّسخ ، وذلك لا يجوز إلَّا بخبرٍ مثله .

ولأنَّ خطبة الوداع كانت لآخر عمره ، فنسخ كلَّ قضيَّةٍ[٦] كانت قبله .

وروىٰ محمَّد بن الحسن في كتاب السِّير: «أنَّ رسول الله ﷺ كان إذا بعث جيشًا أو سريَّةً: أوصىٰ صاحبهم بتقوىٰ الله تعالىٰ» ـ إلىٰ أن قال ـ: «فادعوهم

[١] «أ» «ن» (موضعها) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «ص» (وعادة) .

[٣] «أ» «ن» (النفس) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «أ» «ص» (ينتقض) ، والمثبت من «ن» .

(٥) سبق تخريجه .

[٦] «ص» (قصة) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إلى إعطاء الجزية فإن أعطوها[1] فأعلموهم أنَّ لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين»(٢) ، فعمومه يقتضي أن يكون لهم من الدِّية ما للمسلمين.

وروى عكرمة عن ابن عباس أنَّ النَّبي ﷺ: ودى[3] العامريين[4] ـ الذين كان لهما عهدٌ منه ، وقتلهما عمرو بن أميَّة الضَّمري ـ بمائةٍ من الإبل(٥). وعن الزُّهري: أنَّ أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذِّمِّي مثل دية المسلم(٦). وعن ابن مسعود: «دية الذِّمِّي مثل دية المسلم»(٧).

وعن الزُّهري أيضًا كانت دية الذِّمِّي مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان ، فلمَّا كان زمن معاوية جعلها على النِّصف(٨). وعن عليّ رضي الله عنه: إنَّما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا ، وأموالهم كأموالنا(٩).

[١] «أ» «ن» (أعطوا) ، والمثبت من «ص».

(٢) سبق تخريجه.

[٣] «ص» (فدى).

[٤] «أ» (العامرتين) ، والمثبت من «ن» و«ص».

(٥) سبق تخريجه.

(٦) سيأتي تخريجه بعد أثر ابن مسعود رضي الله عنه.

(٧) رواه عبد الرزاق (١٨٤٩٦) عن معمر عن ابن أبي نجيح عن مجاهد. قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٦/٢٩٩): «ورجاله رجال الصحيح إلا أن مجاهدا لم يسمع من ابن مسعود». ورواه ابن أبي شيبة (٢٧٤٤٥) عن وكيع ، قال: حدثنا سفيان ، عن علي بن أبي طلحة ، عن القاسم بن عبد الرحمن عن عبد الله. قال البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/١٧٩): «هذا منقطع وموقوف».

(٨) رواه عبد الرزاق (١٨٤٩١) ، والبيهقي السنن الكبرى (١٦٣٥٤). قال البيهقي في «السنن الكبرى» (٨/١٧٨): «رده الشافعي بكونه مرسلا ، وبأن الزهري قبيح المرسل وأنا روينا عن عمر وعثمان رضي الله عنهما ما هو أصح منه».

(٩) سبق تخريجه.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وما رُوي بخلاف هذا عن الصَّحابة، فلا يُعارض بهذه المشاهير من الآثار عن الكبار.

وروى الزُّهري عن سعيد بن المسيِّب عن النَّبي ﷺ مرسلًا أنَّه قال: «دية كلِّ ذي عهدٍ في عهده ألف دينارٍ»(١). [وقال الشافعي: المراسيل ليست بحجَّة إلَّا مراسيل سعيد بن المسيب][٢].

ورواه ابن عمر عن النَّبي ﷺ مسندًا(٣).

والمعنى فيه: وهو أنَّ الكافر حرٌّ، فيكون قدر ديَّته مائة بعير من الإبل؛ قياسًا على المسلم.

ولأنَّ الكفر نقصٌ ديني، فلا يكون سببًا لنقصان الدِّية؛ قياسًا على الفسق والهوى.

وهذا؛ لأنَّ الدِّية تجب خالصةً[٤] للعبد، [والدِّين لله، فلا يتقوَّم ما للعبد][٥] بما لله [وإنَّما يتقوَّم بصفةٍ تكون حقًّا له، وهي الحرِّيَّة][٦]. ألا ترى أنَّها انتقصت بالأنوثة، [وإن][٧] كانت [المرأة][٨] أتقى من الرَّجل، وأكمل دينًا،

---

(١) رواه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١١/٣١٨)، وأبو داود في «المراسيل» (١/٢١٥، برقم: ٢٦٤).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٣) لم أقف عليه.

[٤] «أ» «ص» (خالصا)، والمثبت من «ن».

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وأتمَّ صورةً ؛ لأنَّ صفة الذُّكورة فوق الأنوثة[١] ، وهما صفتان حقَّان لهما ؛ وكان النُّقصان بالأنوثة نقصانًا يرجع إلىٰ المالكيَّة ؛ لأنَّ بني آدم خُلقوا أزواجًا ذكورًا وإناثًا ، وبهذا الازدواج علِّق مصالح معايشهم وبقائهم إلىٰ يوم القيامة بالتَّناسل ، والنِّساء مملوكاتٌ للرِّجال في الازدواج ، فانتقصت دياتهنَّ بصفة الأنوثة التي بها صرن مملوكاتٍ .

والدِّيات في الأصل أوجبت حقوقًا[٢] لأصحابها بسبب أنَّهم مالكوا أنفسهم ، فتمَّت بتمام المالكيَّة ـ وهي الحرِّيَّة[٣] والذُّكورة ـ ، فبالحرِّيَّة مالكيَّة الأموال ، وبالذُّكورة مالكيَّة الازدواج ، وعادت إلىٰ النِّصف بالأنوثة لزوال إحدىٰ المالكيَّتين[٤] ، ولأنَّ النِّساء أتباعٌ للرِّجال شرعًا وعرفًا . ثمَّ الذِّمِّي والمسلم[٥] سواء في المالكيَّة والحرِّيَّة فلا تتفاوت دياتهما ، ولهذا لم تنقص بالفسق ، ولا الزَّمانة ، ولا فوات الأطراف ؛ لأنَّ المالكيَّة لا تنتقص بهذه المعاني ، وانتقصت بالاجتنان ؛ لأنَّ الجنين في حكم الأعضاء المملوكة لجملة النَّفس ، فمن هذا الوجه لا يكون له حظٌّ في المالكيَّة بوجهٍ ، فكان دون المرأة بكثيرٍ . فالمرأة حرَّة مالكةٌ إلَّا في ملك النِّكاح المحلِّل للجماع ، فكانت دية الجنين أدون الدِّيات غرَّة أو خمسمائةٍ ، فإذا انفصل الجنين ـ وصار قائمًا بنفسه ـ ساوىٰ البالغ في قدر الدِّية ؛ لمساواته [إياه][٦] في الحريَّة والذُّكورة ، وإن فارقه في العقل والقوَّة

---

[١] «ص» (لأن صفة الذكورة فوق الأنوثة) .
[٢] «أ» «ن» (حقًّا) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «ص» (الجزية) في هذا الموضع وما بعده .
[٤] «أ» (المالكين) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٥] «أ» (المسلم والذمي) .
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وعقيدة الدِّين على الحقيقة.

ولا يلزم المرتد، ولا الحربي؛ لأنَّ التَّعليل لقدر الدِّية بعد ما تصير النَّفس مضمونةً بالمال، لا لصيرورة[1] النَّفس مضمونةً بالمال، فذلك[2] السَّبب هو الإحراز بدارنا عندنا، والمرتدُّ ليس بمحرزٍ بدارنا لانتصابه حربًا لنا؛ كالحربيِّ يدخل دارنا بغير أمانٍ.

ولهذا المعنى قال علماؤنا: إنَّ ضمان العبد إذا قتل لا يبلغ الدِّية؛ بل ينقص ـ وإن كانت قيمته أضعاف الدِّية ـ؛ لأنَّ الضَّمان وجب بقتله؛ لأنَّه آدمي، لا لأنَّه مالٌ على ما بيَّنَّا في تلك المسألة[3] والعبد [مال][4] مملوكٌ، فيجب أن ينقص ضمان نفسه عن نفس الحر؛ كما نقصت[5] دية المرأة عن [دية][6] الرَّجل بعلَّة المملوكيَّة.

فإذا ثبت[7] أنَّه ينقص قلنا: ما دام يمكننا نقص ديته باعتبار قيمته مالًا نقصنا بذلك السَّبب الذي انتقص وهو الماليَّة، وإذا لم يمكن بأن ازدادت قيمته الماليَّة نقصنا شرعًا بمقدارٍ له خطرٌ شرعًا، وهو نصاب السَّرقة الذي استحلَّ بسرقته [قطع][8] يدٍ ذات خطرٍ، وهو عشرةٌ عندنا. ولكن زدنا على دية المرأة؛

---

[1] «ص» (لضرورة).

[2] «ص» (فكذلك).

[3] «ص» (المسائل).

[4] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[5] «أ» «ن» (تعصب)، والمثبت من «ص».

[6] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[7] «ص» (ثبت هذا).

[8] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّه في حال تملك الحرَّة نكاحًا ، وهي تملكه مالًا ، فلم يصر دونها لا محالة ، واحتملت ديته الزِّيادة عليها والنُّقصان.

ولأنَّ قيمة الآدمي في الأغلب تجب أضعاف قيمته لو كان مالًا ، لأنَّه المتبوع في أصل الخلقة ، وغير الآدمي أتباعٌ له ، لأجله خلق على ما قال الله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩] ، والنِّساء خلقن أتباعًا للرِّجال ، فانتقصت الدِّية. والجنين تبعٌ محضٌ[١] ؛ لأنَّه كالعضو ، فانتقصت ديته ، والعبد صار تبعًا بالرِّق مملوكًا له ، فيجب أن ينتقص.

والمراد بالآية: انتفاء المساواة في الآخرة على ما فسَّر الله تعالى فقال: ﴿أَصْحَٰبُ ٱلْجَنَّةِ هُمُ ٱلْفَآئِزُونَ﴾ [الحشر: ٢٠].

وعن الثَّاني: أنَّه منسوخٌ بما روينا ، أو مردودٌ به ؛ لأنَّ ما رويناه أشهر أو متأوَّل ، وهو أنَّ الدِّية تجب في ثلاث سنين ، فكان ذلك من رسول الله ﷺ أمرًا بالواجب في سنة ، فغلط السَّامع ، أو كان صلحًا ، ولم يشعر به الرَّاوي.

واعتبارهم نقصان الذِّمَّة عن الإسلام ساقطٌ في هذه المسألة أصلًا ؛ لأنَّ الإحراز بدارنا سبب تقويم ، والقيمة لا تختلف باختلاف الأسباب التي بها يستحقُّ صاحبها الضَّمان بها ، فإنَّ المالك يستحقُّ قيمة ماله بملكه هبةً وإرثًا ، وشراءً على نمطٍ واحدٍ. وكذلك الحربيّ المستأمن والذِّمِّي والمسلم سواءٌ في استحقاق قيم أموالهم إذا تعدِّي عليها ، إنَّما يظهر الضَّعف فيما يسقط بالشُّبهة من نحو القصاص والحدِّ والأمان المؤقت ، دون الذِّمَّة ، ودية الذِّمِّي والمستأمن سواء ، والله أعلم.

---

[١] «أ» «ن» (شيءٌ محتقرٌ) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CS CamScanner

|١٣٤٢| مسألةٌ: قال علماؤنا دية العبد تنقص من دية الحرِّ عشرةً، وكذلك دية الأمة من دية الحرَّة عشرةً إذا بلغت قيمتاهما الدِّيتين أو ازدادتا[١]، وهو مذهب عبد الله بن مسعود(٢).

وقال الشَّافعي: تجب بالغةً ما بلغت(٣)، وهو مذهب عمر وعلي رضي الله عنهما(٤).

واحتجَّ بأنَّ المتلَف مالٌ، فيقدر ضمانه بالأوصاف التي تختلف الماليَّة بها؛ قياسًا على الثَّوب والفرس، وعلى ما إذا انتقصت القيمة عن الدِّية.

ولأنَّ الإتلاف فوق الغصب في التَّضمين، وبالغصب تضمن القيمة بالغةً ما بلغت؛ فبالإتلاف أولى.

ولأنَّه لو قطع يده ـ والعبد يساوي ثلاثين ألفًا ـ ضمن خمسة عشر ألفًا نصف القيمة بالغةً ما بلغت زائدةً على الدِّية، فلا يجوز أن تنتقص عنه بإتلاف الكلِّ. والمسألة ذكرت في كتاب الصُّلح: إذا قطعت يد العبد، فصالح المولى عنها[٥] على أكثر من خمسة آلاف صحَّ، ولو قُدِّرت بنصف[٦] الدِّية لما جاز كما عن الحرِّ، وكذلك قيمة كلِّ العبد تنتقص بذهاب أطرافه[٧] كما في المال.

---

[١] «أ» (ازدادا)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) لم أقف عليه.

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٧/٣٤٦)، و«الإقناع» للماوردي (ص: ١٦٦).

(٤) رواه عبد الرزاق (١٨١٧٦)، وابن أبي شيبة (٢٧٢٠٩) عن ابن جريج قال: قال لي عبد الكريم عن علي وابن مسعود وشريح: «ثمنه وإن خلف دية الحر».

[٥] «ص» (منها).

[٦] «أ» (نصف)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «أ» (الحر أنه)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فعلم أنَّ الماليَّة ترجَّحت على السَّبب الذي به يضمن الحرُّ، وإذا ترجَّح وجب اعتباره بالفرس وغير الآدمي؛ ولأنَّ الضَّمان يجب للمولى، وهو لا يملك منه إلَّا الماليَّة، فصار إيجاب الضَّمان له بإزاء الماليَّة أولى من النَّفسية التي تضمن من الحرِّ، وإنَّما يُصار إليها إذا كان الواجب لا يصلح لضمان المال كالقصاص.

|١٣٤٣| مسألةٌ: ولهذا قال الشَّافعي ـ في قول ـ: لا تعقل العاقلة ضمان عبدٍ قُتل خطأً، ولا تجب القسامة فيه، ولكن الكفَّارة تجب(١)، لأنَّها تجب بإزاء حقِّ الله تعالى، وما صار ما فيه لله[٢] مالًا، ولا أيضًا صلح ما وجب للمولى للكفَّارة[٣]. فأمَّا ما يجب[٤] من ضمان المال للمولى يصلح لما كان يجب ضمانًا عن النَّفس في الحرّ؛ لأنَّ الواجب مالٌ في الحالين؛ وكما إذا انتقصت القيمة عن الدِّية.

وقال في قولٍ: تجب القسامة.

وتفسيرها: أنَّ يعيِّن المولى[٥] القاتل، فيحلف، ويأخذ حقَّه؛ لما بيَّنَّا في موضعه أنَّ الظَّاهر يشهد للمدَّعي، ويمين المدَّعي حجَّة عندنا إذا شهد الظَّاهر له في الأبواب كلِّها.

ولنا أنَّ الضَّمان واجبٌ بقتل الآدميِّ، فلا يُزاد على الدِّية قياسًا على قتل

(١) انظر: «المهذب» للشيرازي (٣/٢٣٨).
[٢] «ص» (ما لله فيه).
[٣] «ص» (الكفارة).
[٤] «أ» «ن» (يوجب)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (الولي).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الحرِّ. قال محمَّد بن الحسن: لأنَّا لا نجد عبدًا إلَّا وفي الأحرار[١] من هو أفضل منه.

❁ فإن قيل: الواجب واجبٌ بإتلاف المال، لا بقتل الآدمي.

❁ قلنا: إنَّ العبد مالٌ، وآدمي يجب عليه أحكام النَّاس، وله ممَّا لا يثبت في حقِّ البهائم، وبالإجماع يجب القصاص في العمد، ولا قصاص في إتلاف الأموال. ولا يُجمع بين الضَّمانين، فإنَّ القتل لو كان عمدًا، واستوفى المولى القصاص= لم يبق له ضمان المال؛ لأنَّ المستحقَّ هو المولى، والمتلف واحدٌ، فلا يُستحقُّ به ضمانان، والواجب ههنا من الضَّمان مال يصلح بدلًا للماليَّة والنَّفس المحترمة، وعن أيِّهما كان بدلًا صلح حقًّا للمولى، فإنَّه يستحقُّ القصاص، ولا يجب بإزاء المال، فلم يكن بدٌّ من ترجيح أحدهما على الآخر.

فنقول: يجب ترجيح النَّفس على المال؛ لأنَّ الأموال خلقت في الأصل لهذه النُّفوس المحترمة. ألا ترى أنَّ صفة الماليَّة تأتي على هذا النَّفس، وتزول مع قيام النَّفسية، والنَّفسية متى زالت بالموت لم تبق الماليَّة.

ولأنَّ ما يجب من الضَّمان بإزاء النَّفس التي تبقى بعد العتق[٢] آكدُ من ضمان المال؛ لأنَّ الله تعالى عظَّم أمور[٣] الدِّماء وصانها عن الهدر، والأموال عرضةٌ للبذلة والإباحة، وهدر ضمانها.

❁ فإن قيل: إنَّا لا نسلم بقاء ضمان النَّفسية بعد الرِّق.

---

[١] «أ» (الإحراز)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (العين).

[٣] «أ» «ن» (أمر)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

❁ **قلنا:** بالإجماع يجب القصاص على العبد بقتل العبد، وإتلاف المال لا يوجب العقوبة، وكذلك تجب الكفَّارة بالقتل خطأً.

ولأنَّه إنَّما أكَّد شأن[١] هذه[٢] النَّفس بالضَّمان بعد الإحراز حتَّى لا يتعدَّى عليها، والحرمة تثبت بسبب الذِّمَّة، وحمل الأمانة، والعبد في ذلك بمنزلة الحرِّ، ولا يلتحق بالبهيمة. ولهذا يصحُّ إقرار العبد بالقصاص دون المولى، ولو ترجَّحت الماليَّة لنفذ إقرار المولى به، دون العبد.

❁ **فإن قيل:** يجب هذا الاعتبار بطلان حقِّ المولى في الماليَّة، ولا سبيل إليه.

❁ **قلنا:** أليس إذا كان القتل عمدًا وجب القصاص، وبطل حقُّ المولى في الماليَّة عينًا على مذهبنا، وهذا لما ذكرنا: أنَّ الماليَّة تبعٌ للنَّفس، فسقط اعتبارها[٣] في مقابلته.

ألا ترى أنَّ العبد إذا أقرَّ على نفسه بالقصاص قُتل، وتلفت ماليَّة المولى، وهو[٤] لا يملك إتلاف ماليَّته قصداً بقوله، لما أنَّ الإقرار حصل على نفسه ودمه، والمولى لا يملكه.

فكذلك الضَّمان إذا كان بسبب القتل، والقتل أخذ[٥] لنفسه وماليَّة المولى سقط اعتبار الماليَّة في إيجاب الضَّمان، وصارت[٦] العبرة للنَّفسية، ثمَّ يستوفيه

[١] «ص» (ثبات).
[٢] «أ» «ن» (هذا)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (اعتباره)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (وهذا).
[٥] «ص» (واحد).
[٦] «أ» «ن» (وصار)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

المولى؛ لأنَّه أولى النَّاس به كما يستوفي القصاص.

❁ فإن قيل: لو كان كذلك لما وجب بقدر القيمة إذا انتقصت عن الدِّية.

❁ قلنا: قد ذكرنا أنَّ صيرورة الصُّورة مالًا جعلته[١] تبعًا للحرِّ، فأوجب نقص ديته كما أوجب[٢] النُّقصان بالأنوثة؛ لأنَّ الإناث في الخلقة أزواج الذُّكور، وجعل في الزَّوجية تبعًا لهم[٣] مملوكاتٍ؛ كالأموال التي [في][٤] الخلقة تبعٌ للأحرار[٥] مملوكة[٦] لهم في الأصل.

فإن أمكننا إثبات[٧] النُّقصان باعتبار الماليَّة التي نقصته[٨] لم يُعتبر بشيء آخر، فتكون النَّاقصة بسبب الاعتبار بالمال بدل دمه، وإن لم يمكن إثبات النُّقصان بالاعتبار مالًا وجب النَّقص شرعًا؛ لكن بقدرٍ له خطرٌ شرعًا، وأقلُّه عن عشرة التي يستحلُّ بسرقتها قطع اليد في السَّرقة، وفرج المرأة ببذلها على ما بيَّنَّا في مهر النِّكاح.

❁ فإن قيل: هذه العلَّة لو كانت صحيحةً لنقصت دية العبد عن دية المرأة؛ لأنَّها تملكه.

---

[١] «ص» (الصورة مضمونة جعلت).

[٢] «ص» (وجب).

[٣] «ص» (وجعلت لها الزوجية تبع لهم).

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن».

[٥] «أ» «ن» (للإحراز)، «ص» (الأحرار).

[٦] «أ» «ن» (مملوكٌ)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (اعتبار).

[٨] «ص» (إلى نقيضه).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

۞ قلنا: من حيث إنه[١] نفسٌ تدخل تحت حمل أمانة الله لم يصر مالًا، وبقي على حكم الحرِّيَّة، وصحَّة النّكاح تبتنى على هذا الوصف، فالأموال ما بينها[٢] عقد تناكحٍ، ومن هذا الوجه هو يملك الحرَّة نكاحًا، فتصير المرأة تبعًا له في حقِّ النَّفسية، وما يبتنى عليها، فلذلك[٣] كانت دية المرأة أنقص.

ولأنَّ قيمة العبد إذا كانت أقلَّ من خمسة آلافٍ تجب دون دية المرأة؛ لأنَّها تملكه، وإذا كانت القيمة أكثر من ديتها تجب أكثر؛ لأنَّه يملكها نكاحًا، قولًا بالشَّبهين.

فأمَّا حديث الطَّرف فقد قيل: إنَّ ذلك قول أبي يوسف، ورُوي عن أبي يوسف في دية العبد أنَّها تجب بقدر القيمة، وإن كثرت.

وقد قيل: إنَّ جانب الماليَّة في الطَّرف أغلب؛ لأنَّ الأجزاء معتبرةٌ في الطَّرف لكمال الدِّية، والأجزاء صارت مالًا بخلاف النَّفس، فإنَّ الأجزاء التي صارت مالًا لا تقابلها الدِّية، فدية كامل الأطراف من الحرِّ وناقصها واحدٌ.

ولأنَّا أسقطنا اعتبار الماليَّة في النَّفس[٤] لأنَّها تبعٌ للأصل، وفي اليد ليست الماليَّة بتبعٍ لليد؛ لأنَّها لا تملك بنفسها، ولا يجري عليها الخطاب ما لليد بانفرادها حظٌّ من هذا الوصف، فاعتبر بأطراف البهائم مالًا.

والجواب: عن الغصب[٥] أنَّه لا يوجب[٦] ضمان النَّفس؛ كما لو غصب

---

[١] «أ» «ن» (إنَّها)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (ثبتها).
[٣] «أ» (فكذلك).
[٤] «ص» (البيع).
[٥] «ص» (عن فضل ـ لعلها: فصل ـ الغصب).
[٦] «أ» «ن» (أنَّها لا توجب)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

حرًّا فتلف عنده[١]، وإنَّما انتقص الضَّمان بفوات الطَّرف؛ لأنَّ القيمة انتقصت عن الدِّية فوجب اعتبار النُّقصان عن الدِّية بها؛ حتَّىٰ إذا لم تنتقص عن الدِّية لم يتغيَّر شيءٌ بفوت الطَّرف.

ويدلُّ عليه: أنَّ معنى الماليَّة معتبرٌ في أطراف الأحرار من وجهٍ، علىٰ ما مرَّ في باب أن لا يؤخذ[٢] الاثنان بواحدٍ، وبالرِّق ازداد معنى الماليَّة، فترجَّح علىٰ النَّفسية.

فأمَّا نفس الحرِّ فما فيها من حكم الماليَّة شيءٌ وإنَّما حدث بالرِّق في أجزاء الجسم دون النَّفس، فترجَّح النَّفس؛ لأنَّ القوام به، لا بالماليَّة، وكان كالزَّمانة[٣] تؤثِّر في الطَّرف دون النَّفس، والله أعلم.

|١٣٤٤| مسألةٌ: ويُبتنىٰ علىٰ هذا مسألةٌ أخرىٰ، وهي: أنَّ العبد إذا قُتل خطأً كانت ديته علىٰ عاقلة القاتل.

وقال الشَّافعي: تجب علىٰ القاتل(٤).

لأنَّه ضمان[٥] مالٍ، وقال النَّبي ﷺ: «لا تعقل العاقلة عمدًا، ولا عبدًا، ولا صلحًا، ولا اعترافًا، ولا ما دون أرش الموضحة»(٦). والمشهور عن ابن

---

[١] «أ» «ن» (عبده)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (يوجد)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» «ن» (كالرِّماية)، والمثبت من «ص».
(٤) انظر: «المهذب» للشيرازي (٣/٢٣٨)، و«نهاية المطلب» (١٦/٥٣٢).
[٥] «ص» (إتلاف).
(٦) لم أقف عليه مرفوعا. =

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

عباس موقوفًا عليه(١).

[ولا خلاف في أطراف العبد أنَّ ضمانها لا يجب على العاقلة][٢].

وقد قال مشايخهم على هذا القول: لا تجب القسامة أيضًا.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ الضَّمان ضمان الآدمي، فيجب على العاقلة إذا كان القتل خطأً؛ قياسًا على الحرِّ، فالمعنى الذي أوجب حمالته[٣] عن الحرِّ موجودٌ ههنا بعينه[٤] على ما نبيِّنه في باب العقل.

والجواب عن الأثر: أمَّا مشايخنا فكانوا يقولون: معناه لا تعقل العاقلة ضمان جناية العبد على غيره.

❊ فإن قيل: إنَّه لا يصحُّ لغةً فقد ذكر الأصمعي: «عقلت عنه» إذا تحمَّلت عنه، و«عقَلته» إذا أدَّيت ديَّته، كما تقول: «ودَيته»، إلَّا أنَّ: «عقلتُ» يدلُّ[٥] على الأداء على سبيل الحمالة، فيصير كأنَّه قال لا تؤدِّي العاقلة دية العبد حمالة، وديته ما يجب له لا ما يجب عليه؛ كما لا يؤدُّون[٦] ضمان العبد ولا ما دون

= وقد رواه الدارقطني (٣٣٧٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٦٣٥٩) من طريق وكيع عن عبد الملك بن حسين أبي مالك النخعي عن عبد الله بن أبي السفر عن عامر عن عمر.
قال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٢/١٤٩): «وهذا منقطع بين الشعبي وعمر، وعبد الملك بن حسين غير قوي، والمحفوظ رواية ابن إدريس عن مطرف عن الشعبي من قوله». قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٤/٦١): «وهو منقطع، وفي إسناده عبد الملك بن حسين وهو ضعيف».

(١) رواه محمد بن الحسن الشيباني في موطأ مالك ـ بروايته ـ (ص: ٢٢٨، برقم: ٦٦٦).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٣] «أ» «ن» (حمالةً)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (معنى).

[٥] «أ» (بدل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (يؤدي).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أرش[١] الموضحة.

قلنا: إنَّا لا نسلم أنَّ تفسيره: «لا يَدُون العبد ولا يؤدُّون ديته». لكنَّا نقول: المراد بديته ما وجب بسبب جنايته؛ لأنَّها وجبت[٢] بدلًا عنه، فإنَّ الشَّيء يُضاف إلى سببه؛ كما يُضاف إلى المبدل[٣]، فيُقال: ثمن البيع، وثمن المبيع. ألا ترى أنَّه قال: «ولا عمدًا» أي ضمان العمد، والعمد سبب[٤] الوجوب، لا بدل الواجب من المال.

على أنَّه حديثٌ موقوفٌ على ابن عباس، فلا يكون حجَّةً على أصله، وأكثرِ مشايخنا، وأمَّا أطراف العبيد[٥] فقد ذكرنا أنَّها معتبرةٌ بالمال[٦].

|١٣٤٥| مسألةٌ: ويُبتنى عليه وجوب القسامة المخصوصة بالدِّماء بوجود العبد قتيلًا.

|١٣٤٦| مسألةٌ: قال أصحابنا: دية الجنين الحرِّ معتبرةٌ بنفسه.

وقال الشَّافعي: معتبرةٌ بأمِّه(٧).

وثمرة هذا الاختلاف: أنَّا متى اعتبرناها بنفسه ـ وهي خمسمائةٍ بالنَّصِّ

---

[١] «أ» «ن» (وأرش)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (إلا ما وجب).
[٣] «أ» (البدل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» (بسبب).
[٥] «ص» (العبد).
[٦] «ص» (بالأموال).
(٧) انظر: «الأم» للشافعي (٦/١١٥)، و«مختصر المزني» (٨/٣٥٦).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والإجماع للذَّكر والأنثىٰ ـ كانت نصف عشر دية الذَّكر لو كان وليدًا ، وعُشر دية الأنثىٰ لو كانت وليدةً ، فيجب علىٰ هذا التَّقدير من القيمة إذا كان الجنين مملوكًا.

وخصمنا لمَّا اعتبره[١] بالأمِّ كانت خمسمائةٍ ـ عُشر دية الأمِّ ـ ، فيجب للجنين المملوك عشر قيمة الأمِّ سواء فيه الذَّكر والأنثىٰ.

واحتجَّ بأنَّ الجنين متردِّدٌ بين نفسٍ وعضوٍ من الأمِّ ؛ لأنَّ قولنا: «امرأةٌ حاملٌ وحائلٌ» صفتان ترجعان إلىٰ المرأة نفسها ، لا بغيرٍ اتَّصل بها من نحو حملٍ تحمله علىٰ عاتقها ، فهذا الحبل تولَّد منها ؛ كما يتولَّد بسمنها. ولهذا يصير الحبل مبيعًا ببيع الأمِّ ، عتيقًا بعتق الأمِّ ، موصًىٰ به بوصيَّة الأمِّ ، ويملك بملك الأمِّ ، وإن استثنىٰ الحبل. وقد أوضحنا البيان في مسألة الجنين يتذكَّىٰ بذكاة الأمِّ.

وهو من وجهٍ: نفسٌ قائمةٌ بذاتها تنفصل عن الأمِّ ، فتبقىٰ وتقصد بالإعتاق والوصيَّة ، دون الأمِّ ، فيثبت ، وكذلك يرث ويوصىٰ له ، فأنزلناه في حقِّ الدِّية منزلةً بين المنزلتين.

فقلنا: إنَّ قدر الدِّية يُعتبر بالأمِّ ؛ كما في الأعضاء ، فإنَّ اليد لها نصف دية النَّفس ، وكذلك سائر الأروش المقدَّرة للأعضاء ـ أو الجراحات ـ تقابل بجميع الدِّية للنَّفس ، فيُقال: إنَّه عشر الجميع أو ثلثه أو نصفه ، فكذلك هذا.

|١٣٤٧| **مسألةٌ:** وتجعل الدِّية ميراثًا عن الجنين ؛ لا ملكًا للأمِّ ، وتجب الدِّية وإن لم تنقص الأمُّ شيئًا ؛ كأنَّه وليدٌ بخلاف العضو توفيرًا علىٰ الشَّبَهين حظَّهما.

---

[١] «أ» «ن» (اعتبر) ، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

كما قلنا في باب الذَّكاة أنَّه يتذكَّىٰ بذكاة الأمِّ بحكم الجزئيَّة ، ويتذكَّىٰ بذكاة نفسه بحكم أنَّه نفسٌ علىٰ حدةٍ ، وله حياةٌ علىٰ حدةٍ مقصودةٍ.

ولهذا أوجبنا دية[١] الجنين ، وإن لم يوجب نقصًا في الأمِّ ، وأرش جزءٍ منها لا يجب إذا آل حالها إلىٰ ما قبل الجرح ولم يبق لها أثرٌ ، فصار الجنين في حقِّ المقابلة معتبرًا بالنُّفوس ، وفي حقِّ تقدير الدِّية معتبرًا بالأعضاء.

وكذلك سوَّىٰ الشَّرع بين الذَّكر والأنثىٰ ، فصفة الأنوثة والذُّكورة لا تثبت للأعضاء ، وإنَّما تثبت للنُّفوس ، وهو في حقِّ المقدار عضوٌ.

ولهذا نقصت[٢] ديته ، والدِّيات لا تنتقص بنقصان صفات[٣] النُّفوس ، فدية الزَّمِن والصَّحيح سواء[٤] ، وكذلك مقطوع[٥] الأعضاء والسَّليم ، وإنَّما تنتقص علىٰ أصلي بنقصان الحقْن ، ولا نقصانَ حقْنٍ فيما نحن فيه ، فثبت أنَّ النُّقصان كان لمعنىٰ أنَّه بمنزلة عضو من الأمِّ ، وكثيرًا ما ينتقص أرش العضو عن دية النَّفس. فمن جعل دية الجنين معتبرةً بنفسه قدرًا خالف القياس في التَّسوية بين الذَّكر والأنثىٰ ، أو زيادة الأنثىٰ علىٰ الذَّكر في الإماء ، وخالفه في نقصان القدر بصفة القدر بصفة النَّفس بعد قيام الحياة والحقن ، وترك القول بشبه الأعضاء.

ولا يلزمني أنِّي قلت بوجوب الكفَّارة علىٰ الضَّارب ؛ لأنِّي أجعله نفسًا في حقِّ مقابلة ضمانه به ، والكفَّارة من ضمانه ، وإنَّما جعلته عضوًا في حقِّ المقدار ،

---

[١] «أ» (حرية) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (يغصب) ، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (صفة).

[٤] «ص» (كذلك الزمن والصحيح).

[٥] «أ» (سقوط) ، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فهذه كلماتٌ واضحةٌ فقهيَّةٌ.

ولعلمائنا أنَّ الجنين نفسٌ على حدةٍ من وجهٍ على ما قاله الخصم، والضَّمان ههنا ضمان الجناية على الجنين دون الأمِّ، فإنَّ الأمَّ على حالها لم تمت، ولا تغيَّرت، وموت الجنين ظهر عقيب الضَّرب، وإنَّه سببٌ له، فيُضاف إليه، وإن احتمل غيره بموت[١] الأمِّ نفسها لو ماتت، وهو في حقِّ الجناية عليه دون أمِّه معتبرٌ بالوليد بالإجماع. ألا ترى أنَّه يتذكَّى بذكاة نفسه؛ بأن وجأ إنسانٌ بطن شاةٍ، فأصاب مذبح الجنين، فإنَّه يتذكَّى، وتصير الأمُّ ميتةً؛ لأنَّ الذَّكاة حلَّته[٢] دون الأمِّ، ولو اعتبر بالعضو لم يحلَّ.

ولهذا قلنا: إنَّ ديته تورث عنه خلافًا لمالك(٣).

وقال الشَّافعي: تلزمه الكفَّارة، ولا تجب بحالٍ بقطع العضو(٤).

ولهذا يجب الضَّمان وإن لم يبق أثره في الأمِّ، فتبيَّن أنَّه غير مشبَّهٍ بالعضو حال موته بالجناية عليه دون الأمِّ، وإنَّما شبَّهه بالعضو بموته بموت الأمِّ، بخلاف الوليد، وقد قلنا به.

|١٣٤٨| **مسألةٌ**: فيمن ضرب بطن أمةٍ أو حرَّةٍ، فماتت، ومات الجنين فيها، أو خرج ميتًا بعد موت الأمِّ= أنَّه لا يضمن الجنين.

خلافًا للشَّافعي ﵀.

---

[١] «ص» (كموت).

[٢] «ص» (حلت به).

(٣) انظر: «المدونة» (٦٣٢/٤).

(٤) انظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» (٥٩٤/١٦).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّ الجناية في الحال حصلت علىٰ الأمِّ وأماتتها، وهو بمنزلة العضو موتًا بموت الأمِّ، فلا يجب له ضمان علىٰ حدةٍ؛ كما لا يجب للأعضاء إذا ماتت بموت الأصل شيءٌ. فثبت أنَّا قلنا بالشَّبهين علىٰ الوجه.

وهذا كما قلنا في العتق: إنَّه متىٰ حلَّ بالأمِّ كان الجنين في حكم عضوٍ منها يُعتق بعتقها، ومتىٰ قصد الجنين بالإعتاق كان كالوليد، وكذلك الوصيَّة، وكلُّ تصرُّفٍ يتَّصل بالجنين مقصودًا دون الأمِّ.

وأمَّا الجواب عن النُّقصان ــ فما مرَّ ــ أنَّ الدِّيات تنتقص بانتقاص درجات النُّفوس في صفة المالكيَّة فيه، والاجتنان أنقص الدَّرجات فيه؛ لأنَّه من وجهٍ كالأعضاء، والأعضاء مملوكةٌ للجملة حكمًا يستعملها، ويأخذ بدلها ملكًا إذا قطعت ــ مع كونها في الخلقة تبعًا لا تقوم بنفسها ــ فأوجب نقصانًا فاحشًا.

وإنَّما يساوي الذَّكر الأنثىٰ؛ لأنَّ المفارقة بالذُّكورة لا تتحقَّق ما لم تزايل شبه الصِّفات للأمِّ، وشبه الأعضاء علىٰ ما قاله الخصم. ألا ترىٰ أنَّ شيئًا من مقاصد النِّساء لا يثبت حال اجتنانها، ولا من مقاصد الرِّجال.

بخلاف ما بعد الانفصال، فإنَّ من المقاصد النِّكاح، وبعد الانفصال يصير أهلًا لذلك، فتباين الأنثىٰ والذَّكر فيه، فيُقام الانفصال حكمًا مقام الانفصال حقيقةً، فيمتاز قدرا ديتيهما كذلك[1].

ولا يلزم علىٰ هذا أنَّا قلنا: لا يجب علىٰ ضارب الجنين كفَّارة؛ لأنَّ من أصلنا أنَّ كثيرًا من ضامني دية النُّفوس لا يلزمهم الكفَّارة؛ كالأب يقتل ولده

---

[1] «ص» (لذلك).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

عمدًا؛ و[١] كحافر البئر، وواضع الحجر على الطَّريق، فمات بهما إنسان، والصَّبي أو المجنون يقتل إنسانًا خطأً أو عمدًا، فلا يدلُّ سقوط الكفَّارة ـ على أصلنا ـ. على أنَّ الضَّمان ليس بضمان نفسٍ.

❁ **فإن قيل:** على أصل أبي حنيفة لا يستقيم؛ لأنَّه لا يجعل ذكاة الجنين بذكاة أمِّه.

❁ **قلنا:** يستقيم؛ لأنَّ الصَّيد يحرم بـ«لعلَّ وعسى» احتياطًا، وشبهة النَّفسيَّة قائمةٌ مع جهلنا[٢] بمنزلة العضو، فحرم، فأمَّا الضَّمان فلا يجب بلعلَّ وعسى.

[فعلمت الآن][٣] أنَّ الدِّية[٤] بدل نفس الآدميِّ، والنَّفس ليست بمالٍ؛ بل هي حرَّةٌ مالكةٌ في الأصل وتقوَّمت بالمال شرعًا، وإذا صارت الدِّماء مضمونةً كرامةً للآدميِّ؛ حتَّى لا يُهدر دمه إذا تعذَّر الضَّمان بمثله من القتل، وإنَّما تصير مضمونةً بالإحراز بدارنا. وحدُّ الإحراز بدارنا حصوله في دارنا آمنًا شرعًا، ولم يجز طلب تفاوت القيمة من جهة الإحراز؛ لأنَّه[٥] علَّة الضَّمان؛ كإحراز الأشياء المباحة، والضَّمان يتفاوت بتفاوت المضمون، وذلك بصفة المالكيَّة؛ لأنَّ شرف الآدمي في الدُّنيا بأن خُلق[٦] مالكَ ما فيها بنصِّ القرآن، ولشرفه يقوم بالمال عند تعذُّر القصاص، حتَّى لا يُهدر بعد ما صار مضمونًا، فتفاوت البدل بتفاوت

---

[١] «أ» (أو).

[٢] «أ» «ن» (جعلنا)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (الذمة).

[٥] «أ» (لأن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» (خلف)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

المعنى الذي به يقوم بالمال؛ كالأموال[١] تتفاوت قيمها بتفاوت المعاني التي تشرف بها الماليَّة.

وإذا كان كذلك قلنا: نهاية المالكيَّة في الذُّكورة بعد الحرِّيَّة؛ لأنَّ النِّساء خُلقن أزواجًا للذُّكور في الأصل، وهنَّ مملوكات للرِّجال في الزَّوجية، فانتقصت دية النِّساء بنقصان في المالكيَّة، وكذلك العبيد صاروا أموالًا ـ من وجهٍ ـ مملوكة[٢]، فتنتقص دياتهم.

وأمَّا الأجنَّة فينتهي إليهم النُّقصان؛ لأنَّهم أوصافٌ للأمَّهات [من وجهٍ][٣]؛ كالأعضاء وبمنزلة الكبد، ولا مالكيَّة للأعضاء بوجهٍ، ولا ينتقص بالجهل، ولا الكفر؛ لأنَّه لا ينتقص في مالكيَّته مالٌ، ولا نفسٌ بالنِّكاح[٤]. وكذلك الجنون إنَّما المجنون[٥] عاجزٌ عن التَّصرُّف، فجَعل الشَّرع له وكيلًا بمنزلة الصَّغير.

يدلُّ عليه: أنَّ تفاوت القيم بتفاوت شرف المتقوِّم فيما خُلق له، كالأموال خُلقت لنا ولمصالحنا، وشرفها وحرمتها في أنَّها صالحة لقيام مصالحنا بها، وتتفاوت قيمها بتفاوت الصَّلاحية من الوجه الذي يقصد، وشرف الإنسان للحال في أنَّه مالك غيره، وبه ظهر احترامه على غيره على ما نطق به الكتاب، فيكون تقوُّمه إذا تقوَّم بهذا الوصف، فيتفاوت بقدر التَّفاوت في صلاحه للمالكيَّة[٦]

[١] «أ» «ن» (كالمال)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (مملوك).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» «ن» (النكاح)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (الجنون)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ص» (صلاحية المالكية).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أيضًا. وإنَّما الشَّرف بدينه للآخرة، فمالكيَّة الأموال بالحرِّيَّة، ومالكيَّة الأنكحة بالذُّكورة، فإذا اجتمعتا تمَّت المالكيَّة والدِّية، وإذا وجد أحدهما دون الآخر انتقصت، فانتقصت الدِّية، والله أعلم.

|١٣٤٩| **مسألةٌ**: إذا ضرب بطن حاملٍ، فماتت، ومات الجنين، أو خرج ميتًا= لم يجب ضمان الجنين **عندنا**.

وقال الشَّافعي: يجب(١).

لأنَّ الضَّربة أوجبت له قتل نفسين فيلزمه ضمانان، وهذا مستقيمٌ على أصله، فإنَّه يجعل ذكاة الأمِّ ذكاة الجنين؛ كأنَّه أصابهما جميعًا، ولا يجعل موت الجنين مضافًا إلى موت الأمِّ دون الذكورة[٢]، فكذلك ههنا لا يجعله مضافًا إلى موت الأمِّ دون الضَّربة إذا حصلا على التَّوالي. وهذا كرجلٍ في جبٍّ ضرب الجبَّ رجلٌ حتَّى كسره، فأصاب الرَّجل، فأماته= ضمنهما جميعًا.

قال: ولم يكن فيه تركًا[٣] لما تقدَّم؛ لأنِّي جعلت الجنين نفسًا على حدةٍ في حقِّ مقابلة الضَّمان [به][٤]، وإنَّما جعلناه[٥] عضوًا في حقِّ القدر.

ولعلمائنا أنَّ الجنين مات بموت الأمِّ دون الضَّربة، فلا يكون على أحدٍ ضمانه؛ كما لو ماتت الأمُّ قبل الضَّربة.

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٢/٤٠٤).
[٢] كذا في «أ» «ن»، ولعل الصواب: (الذكاة).
[٣] «أ» (شرطا)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «أ» «ن» (جعلنا)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وإنَّما قلنا ذلك ؛ لأنَّ حياة الأمِّ في حكم[١] غذاء[٢] الجنين ؛ لأنَّه يتغذَّىٰ من قبل الأمِّ ما دامت حيَّةً ، وبموتها[٣] ينقطع غذاؤه ، فيموت جوعًا ، فيُضاف الموت إلىٰ الجوع الذي هو نارٌ هائجةٌ[٤] . ألا ترىٰ أنَّ من منع إنسانًا طعامه ؛ حتَّىٰ مات لم يضمن ؛ لأنَّ الغذاء دفع[٥] عنه شرَّ نار الجوع المحرق ، فكان بمنزلة من يدفع عن نفسه شرّ ضربة السَّيف بترسٍ ، فنزع إنسانٌ التُّرس عنه حتَّىٰ قُتل .

❖ فإن قيل: يُحتمل أنَّه مات من ألم الضَّربة .

❁ قلنا: لمَّا احتمل الأمرين علىٰ السَّواء لم يجب الضَّمان بالشَّك ؛ لمَّا[٦] لم يُمكن الجمع بين الشَّيئين ، وإضافة الموت إليهما . فأمَّا إذا لم تمت الأمُّ ، ولم يظهر لموت الجنين سببٌ آخر غير ذلك= فأُضيف إليه ؛ كما إذا حزَّ[٧] رقبة المجروح حتَّىٰ مات ـ والجراحة قائمةٌ ـ ، فإنَّه يضمن نفسه ، ويُضاف إليه موته .

|١٣٥٠| مسألةٌ: وهذا مستقيمٌ علىٰ أصل أبي حنيفة ، فإنَّه لم يجعل ذكاة الجنين بذكاة أمِّه ، فأضاف موت الجنين إلىٰ موت الأمِّ ؛ كأنَّها لم تذكَّ ، لا إلىٰ الذَّكاة .

وصاحباه تركا هذا القياس في باب الذَّكاة بالسُّنة علىٰ ما بيَّنَّا في موضعه ،

---

[١] «ص» (حد) .
[٢] «أ» (هذا) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٣] «أ» «ن» (ما دام حيًّا وبموته) ، والمثبت من «ص» .
[٤] «أ» (تاريج) ـ كلمة غير مضبوطة بالنقط ـ ، «ن» (نار هائج) ، والمثبت من «ص» .
[٥] «أ» «ن» (دافع) ، والمثبت من «ص» .
[٦] «أ» «ن» (ما) ، والمثبت من «ص» .
[٧] «أ» «ن» (لو لم يحزّ) ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وجعلا ذلك أمرًا، بخلاف القياس فأبيا القياس عليه. أو لأنَّ الشَّرع بنىٰ أمر الذَّكاة علىٰ قدر الإمكان رحمةً علينا، فلا يجوز قياس الغرامة عليه؛ لأنَّه لا رحمة فيه.

فعلمت أنَّ حرارة طبعه؛ كنارٍ في خشبٍ لم تُطفأ إلَّا بالماء، فلا يُقال: احترق بعلَّة[١] عدم الماء؛ بل بحرارة النَّار، وإذا كان كذلك لم يُضف الموت إلىٰ انقطاع الغذاء بحالٍ، فلا يتَّصل[٢] بالضَّربة، فالضَّربة ما أوجبت إلَّا قطع الغذاء. ألا ترىٰ أنَّ من منع إنسانًا مبرَّته[٣] وطعامه[٤]، حتَّىٰ مات جوعًا لم يضمن المانع شيئًا، أو قد حبس في سجنٍ، أو منع الرَّجل عن تسييل[٥] الماء علىٰ نارٍ في بيته حتَّىٰ احترق.

❖ فإن قيل: إنَّ موت الأمِّ سببٌ لخناقه[٦].

❁ قلنا: لا كذلك؛ بل مانعٌ عنه متنفَّسه، فصار بمنزلة رجلٍ في بئرٍ سدَّ[٧] رجلٌ رأس البئر حتَّىٰ انخنق [فإنَّه][٨] لا يضمن، وإنَّه والباب الأوَّل سواء، ولا يوجد له رواية. ويجب أن يضمن؛ لأنه مسبِّبٌ للخناق[٩]؛ كحافر البئر مسبب[١٠] للسُّقوط.

---

[١] «ص» (بقلة من).

[٢] «ص» (ولا يبطل).

[٣] لم تضبط في «أ»، وليست في «ص»، والمثبت من «ن».

[٤] «ص» (من منع إنسانًا طعامًا قد حبس طعامه).

[٥] «أ» (سيل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ن» (لجناية).

[٧] «ص» (شد عليه رجل).

[٨] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٩] «أ» (للحنان)، والمثبت من «ن» و«ص».

[١٠] «ص» (سبب).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣٥١| مسألةٌ: قال علماؤنا: من أسلم في دار الحرب، ولم يهاجر إلينا، فقتله مسلمٌ عمدًا، أو خطأً= لم يضمن له قصاصًا، ولا ديةً.

وقال الشَّافعي: يضمن، وكذلك المال(١).

والمسألة موضعها كتاب السِّير، وهو أنَّ الإحراز بدارنا هو السَّبب المقوِّم[٢] عندنا، والله أعلم.

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٣/٦٥).

[٢] «ص» (المقدم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ

أنواع الدِّية

|١٣٥٢| مسألةٌ: قال أبو حنيفة: الدِّية من الإبل مائةٌ، ومن الدَّنانير ألفٌ، ومن الدَّراهم عشرة آلافٍ.

وقال صاحباه: ومن البقر مائتا بقرةٍ، ومن الشَّاء ألفَا شاةٍ، ومن الحُلل[١] مائتا حلّة.

وقال الشَّافعي ـ في قول ـ: الدِّية من الإبل لا غير، ومن غيرها تجب قيمتها(٢).

وفي قول: تجب من الإبل والذَّهب ـ كما قلنا ـ، ومن الدَّراهم اثنا عشر ألف درهم.

واحتج لقوله الأوَّل: بما رُوي عن النَّبي ﷺ أنه قال: «ألا إنَّ قتيل خطإ العمد قتيل السَّوط والعصا فيه مائةٌ من الإبل»(٣). فثبت أنَّ غيرها يجب بدلًا عنها.

واحتجَّ لقوله الثَّاني: أنَّها من الدَّنانير ألفٌ[٤]، وكلُّ دينارٍ شرعًا مقوَّمٌ عنده باثني عشر[٥] ـ على أصله ـ؛ استدلالًا بالجزية، فإنَّ النَّبي ﷺ كان يأخذ الجزية

---

[١] «أ» «ن» (الحلّة)، والمثبت من «ص».

(٢) انظر: «مختصر المزني» (٨/٣٥٠).

(٣) سبق تخريجه.

[٤] «ص» (ألف دينار).

[٥] «ص» (باثني عشر درهما).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

من كلِّ رأسٍ دينارًا(١)، وقُوِّم بالدَّراهم[٢] باثني عشر درهما. ورُوي أنَّ النَّبي ﷺ قضىٰ في دية رجلٍ باثني عشر ألف درهم(٣).

ولأبي يوسف ومحمَّد: أن عمر رضي الله عنه حين دوَّن الدَّواوين جعل الدِّية من الأصناف السِّتَّة علىٰ ما قلنا، وقضاؤه متَّبعٌ؛ كما جعل عاقلة الرَّجل أهل ديوانه(٤).

(١) رواه أحمد (٢٢١٣)، وأبو داود (٣٠٣٧)، والترمذي (٦٢٣)، والنسائي (٢٤٥٠)، والحاكم في «المستدرك» (٥٥٥/١) من حديث معاذ رضي الله عنه. قال الترمذي: «هذا حديث حسن، وروىٰ بعضهم هذا الحديث، عن سفيان، عن الأعمش، عن أبي وائل، عن مسروق أن النبي ﷺ بعث معاذا إلىٰ اليمن فأمره أن يأخذ...، وهذا أصح». وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط الشيخين، ولم يخرجاه». وانظر: «نصب الراية» (٤٤٦/٣).

[٢] «ص» (الدراهم).

(٣) رواه أبو داود (٤٥٤٦)، والترمذي (١٣٨٨)، والنسائي (٤٨٠٣)، وابن ماجه (٢٦٢٩) من حديث ابن عباس.

والحديث يروىٰ مسندا ومرسلا، والمرسل أصح. قال أبو داود: «رواه ابن عيينة، عن عمرو، عن عكرمة عن النبي ﷺ لم يذكر ابن عباس». وقال الترمذي: «لا نعلم أحدا يذكر في هذا الإسناد ابن عباس غير محمد بن مسلم، أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن عن سفيان عن عمرو عن عكرمة عن النبي ﷺ نحوه». وانظر: «الأحكام الوسطىٰ» (٥٧/٤)، و«المهذب في اختصار السنن الكبير (٣١٦٩/٦)، و«نصب الراية» (٣٦١/٤)، و«البدر المنير» (٤٣٥/٨).

(٤) رواه أبو يوسف في «الآثار» (ص: ٢٢١، برقم: ٩٨٠) عن أبي حنيفة، عمن حدثه، عن عامر، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه: «فرض الدية علىٰ أهل الورق عشرة آلاف درهم، وعلىٰ أهل الذهب ألف دينار، وعلىٰ أهل الإبل مائة من الإبل، وعلىٰ أهل البقر مائتي بقرة، وعلىٰ أهل الحلل مائتي حلة، وعلىٰ أهل الغنم ألفي شاة، وكل ذلك علىٰ أهل الديوان». والحديث عند غيره دون زيادة: «وكل ذلك علىٰ أهل الديوان».

ورواه ابن أبي شيبة (٢٧٣٢٥) عن الحكم، قال عمر: «أول من جعل الدية عشرة عشرة في أعطيات المقاتلة دون الناس». وانظر: «نصب الراية» (٣٩٨/٤)، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢٨٨/٢).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وكما صالح بني تغلب علىٰ الصَّدقة المضاعفة عن الجزية(١).

وأمَّا الكلام علىٰ[٢] الشَّافعي فما روىٰ ابن عباس أنَّ النَّبي ﷺ جعل الدِّية عشرة آلافٍ(٣). وهذا نصب شريعةٍ، [وما][٤] رواه قضيَّةٌ في حادثةٍ، فيُحمل علىٰ حالِ ما كانت الدَّراهم علىٰ وزن خمسةٍ، فإنَّها كانت علىٰ ذلك في الأغلب إلىٰ عهد عمر رضي الله عنه فأبطل عمر ذلك الوزن.

وعن عمر وابن مسعود أنَّهما قالا: في السِّنِّ خمسمائةٍ(٥).

وعندك ستُّمائةٍ، وما رُوي بخلافه فمحمولٌ علىٰ وزن خمسةٍ.

---

(١) روىٰ ابن زنجويه في «الأموال» (١/ ١٣٠، رقم: ١١٣)، والقاسم بن سلام في «الأموال» (ص: ٣٦، رقم: ٧١) عن السفاح الشيباني: أن عمر بن الخطاب أراد أن يأخذ من نصارىٰ بني تغلب الجزية، فهربوا حتىٰ لحقوا بأرض من الأرضين، فقال له زرعة بن النعمان أو النعمان بن زرعة التغلبي: أنشدك الله يا أمير المؤمنين في بني تغلب، هم والله العرب، يأنفون من الجزية، وهم قوم شديدة نكايتهم، فلا تعن عدوك بهم، وهم قوم ليست لهم ـ أظنه قال أموال ـ وإنما هم أصحاب ماشية فضع عليهم الصدقة، فأرسل إليهم فرجعوا فضعف عليهم الصدقة " قال: وقال ابن شبرمة عن السفاح، واشترط عليهم ألا ينصروا أولادهم».

وروىٰ أبو يوسف في «الآثار» (ص: ٩١، رقم: ٤٤٥) ـ قال: ثنا يوسف عن أبيه عن أبي حنيفة، عن الهيثم، عمن حدثه، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أنه أضعف الصدقة علىٰ نصارىٰ بني تغلب عوضا من الخراج».

وروىٰ عبد الرزاق (١٠١٢٥) عن الحكم بن عتيبة قال: سمعت إبراهيم النخعي يحدث، عن زياد بن حدير، وكان، زياد يومئذ حيا: «أن عمر بعثه مصدقا، فأمره أن يأخذ من نصارىٰ بني تغلب العشر، ومن نصارىٰ العرب نصف العشر».

[٢] «ص» (عن).

(٣) لم أقف عليه.

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٥) لم أقف عليه.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

ولأنَّ الواجب عن الجنين عُشر قيمة الأمِّ عندك، وعندنا عشر قيمتها إن كانت أنثىٰ، والواجب خمسمائةٍ بالنَّصِّ والإجماع، فعلم أنَّ الكلَّ خمسة آلافٍ.

ولأنَّا أجمعنا علىٰ أنَّها من الذَّهب ألف دينارٍ والدِّينار[١] مقوَّم شرعًا بعشرة دراهم علىٰ أصولنا، كما في نصاب السَّرقة دينارٌ أو عشرة دراهم، وفي الصَّداق دينارٌ، أو عشرة دراهم.

وقد روينا في المسألة أخبارًا، فنحتجُّ بها إن[٢] خالفنا.

ونستدلُّ أيضًا بموضع الوفاق: فإنَّ الزَّكاة إنما تجب في المال الكثير دون القليل، ثمَّ الشَّرع قدَّر نصاب الفضَّة بمائتي درهم ونصاب[٣] الذَّهب بعشرين مثقالًا، فيصير كلُّ دينارٍ بعشرة دراهم.

وباب الجزية لا يلزمنا؛ لأنَّ عمر رضي الله عنه حين وظَّف الجزية لم يوظِّفها علىٰ قيمة الدِّينار، فإنَّه وظَّف اثني عشر، وأربعةً وعشرين، وثمانيةً وأربعين.

ولم يرو في السُّنة، دينارٌ، وديناران، وأربعة دنانير.

فعلمنا أنَّ عمر أخذ هذه المقادير بالرَّأي والإجماع، أو سنَّةٍ كانت عنده، ولم تبلغنا.

وما رُوي أنَّ النَّبي ﷺ كان يأخذ الدِّينار لم يكن علىٰ سبيل التَّوظيف جزيةً؛ بل كان علىٰ سبيل الصُّلح؛ كما صالح عمر رضي الله عنه بني تغلب علىٰ الصَّدقة المضاعفة.

والدَّليل عليه أنَّه كان يأخذ من كلِّ حالمٍ وحالمةٍ دينارًا، والجزية لا تجب

[١] «أ» «ن» (والدراهم)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (وإن).
[٣] «ن» (ويضاف).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

علىٰ الحالمة.

وكذلك عمر رضي الله عنه وظّف الدِّية علىٰ أهل الورق عشرة آلافٍ، وهي من الذّهب ألف مثقالٍ.

وقضية عمر رضي الله عنه في باب الدِّية مشهورةٌ، ورواها محمَّد بن الحسن، فثبت أنَّ باب الجزية لم يكن تقويمًا للدِّينار.

فأمَّا الجواب عن قوله: «في خطأ العمد مائةٌ من الإبل»: أنَّها[١] هي الأصل عندنا أيضًا؛ ولكن الحيوان عندنا إذا[٢] أوجب مطلقًا في الذِّمَّة عوضًا عمَّا ليس بمالٍ صحَّ الإيجاب إذا كانت الجهالة جهالة وصفٍ، ويجب معلوم القيمة، وتصير القيمة أصلًا في الأداء؛ كالمسمَّىٰ.

كما إذا تزوَّج امرأةً علىٰ بعيرٍ أو عبدٍ ـ علىٰ ما مرَّ في النِّكاح ـ والقيمة دراهم أو دنانير، فعلىٰ هذا التَّرتيب تصير الدَّراهم والدَّنانير أصلًا كالإبل. وإن سلَّمنا أنَّ المسمَّىٰ شرعًا إبلٌ[٣].

بخلاف الزَّكاة؛ لأنَّ السِّنَّ لم[٤] يجب عوضًا ولا في الذِّمَّة؛ بل الواجب التَّصدق بجزءٍ من النِّصاب لا بواجبٍ في العين، فيصير علىٰ هذا التَّرتيب؛ بناءً علىٰ مسألة النِّكاح، وقد مرَّ الكلام فيها.

[١] «ص» (إنما).
[٢] «ص» (إنما).
[٣] «أ» (بل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» (ليس).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣٥٣| مسألةٌ: ولهذا لا يوجب أبو حنيفة الحلل، والشَّاء، والبقر.

لأنَّ الشَّرع سمَّى الإبل عينًا، فلا تجب هذه الأشياء قيمةً.

وأجاب في الكتاب عن قضية[١] عمر رضي الله عنه: أنَّه [إنما][٢] فعل ذلك قبل أن يُعدَّ ثبوت[٣] المال، وقبل أن تصير أُعطية النَّاس دراهم، وكانت أموال النَّاس ذلك لأهل كلِّ جنسٍ، فكان يتعذَّر عليهم إخراج ما ليس عندهم، وما بينهم نقدٌ[٤] جارٍ يتوصَّل إليه، فلمَّا صارت الأعطية والدَّواوين جعلها من الدَّراهم والدَّنانير والإبل؛ وهذا لأنَّ سائر الأموال كانت يومئذٍ في حقِّ كلِّ جنسٍ - لوقوع المبادلات بها - دون الأثمان بمنزلة الأثمان يومئذٍ.

ونصَّ أبو الحسن الكرخي في مختصره عن أبي حنيفة أنَّ مآل قضيَّة عمر إلى ما قاله أبو حنيفة رحمه الله.

---

[١] «أ» (قصة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] كذا في «أ» و«ص»، ولم تضبط في «ن»، ولعلها (بيوت).

[٤] «أ» (بعد)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

فصل الصِّفات

|١٣٥٤| مسألةٌ: قال علماؤنا: دية الخطإ أخماس: عشرون بنت مخاض، وعشرون ابن مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون حقَّة، وعشرون جذعة.

وقال الشَّافعي: يجب مكان ابن مخاض ابن لبون(١)، لما رُوي أن النَّبي ﷺ ودَىٰ قتيلًا بخيبر بمائةٍ من إبل الصَّدقة(٢).

ولا يؤخذ في إبل الصَّدقة ابن مخاض، ويؤخذ فيها ابن لبون، فإنَّه يتعيَّن واجبًا إذا لم يوجد بنت مخاضٍ، علىٰ ما قاله رسول الله ﷺ[٣]: «في خمس وعشرين بنت مخاض، فإن لم يوجد فابن لبون ذكر»(٤).

ومذهبنا مروي عن ابن مسعود رضي الله عنه. وروىٰ أبو سهل الزجاجي بإسناده عن خِشف بن مالك عن ابن مسعود عن النَّبي ﷺ مسنداً(٥).

(١) انظر: «الأم» للشافعي (١٢٢/٦)، «مختصر المزني» (٣٥٠/٨).

(٢) رواه البخاري (٧١٩٢)، ومسلم (١٢٩٤)، عن سهل بن أبي حثمة.

[٣] «أ» (قاله عليه السلام).

(٤) رواه أحمد (٧٢)، والنسائي (٢٤٤٧) عن أنس بن مالك.

(٥) رواه أبو داود (٤٥٤٥)، والترمذي (١٣٨٦)، والنسائي (٤٨١٦)، وابن ماجه (٢٦٣١). قال أبو داود: وهو قول عبد الله. قال الترمذي: «حديث ابن مسعود لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه، وقد روي عن عبد الله موقوفا». وقال الدارقطني في «سننه» (٢٢٥/٤): «هذا حديث ضعيف غير ثابت عند أهل المعرفة بالحديث من وجوه عدة، أحدها: أنه مخالف لما رواه أبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود عن أبيه بالسند الصحيح عنه الذي لا مطعن فيه، ولا تأويل عليه، وأبو عبيدة أعلم بحديث أبيه وبمذهبه وفتياه من خشف بن مالك ونظرائه...». وانظر: «السنن الكبرىٰ» للبيهقي (١٣٢/٨).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إلَّا أنَّه غريب ، غير أنَّ الموقوف [في هذا][١] بمنزلة المرفوع ؛ لأنَّه باب لا يعرف قياسًا.

والجواب عن حجَّته أنَّ ابن مخاض يؤخذ عندنا في إبل الصَّدقة ، فإنَّه جائز ابن مخاض على سبيل التَّقويم ، وابن اللَّبون لا يتعيَّن عندنا ، على ما بيَّنَّا في تلك المسألة.

على أنَّ تأويل الحديث أنَّ النَّبي ﷺ تحمَّل من بيت المال ، لا على معنى أنَّه أدَّى[٢] من أسنان إبل الزَّكاة مختلفةً ، والله أعلم.

|١٣٥٥| **مسألةٌ:** دية شبه العمد أرباعٌ عند أبي حنيفة وأبي يوسف: خمسٌ وعشرون بنت مخاض ، وخمسٌ وعشرون بنت لبونٍ ، وخمس وعشرون حقَّة ، وخمسٌ وعشرون جذعةً.

وقال محمَّد والشَّافعي(٣): أثلاثٌ: ثلاثون حقَّة ، وثلاثون جذعة ، وأربعون خلفة ، [لما رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «ألا إنَّ قتيل خطأ العمد قتيل السَّوط والعصا فيه مائةٌ من الإبل ؛ أربعون منها خلفة][٤] أولادها في بطونها»(٥).

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (أدنى) ، والمثبت من «ن» و«ص».

(٣) الدية المغلّظة عند الشافعية أثلاث: ثلاثون حِقّة ، وثلاثون جَذَعَة ، وأربعون خلفة في بطونها أولادها. والمخفّفة أخماس: عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حِقّة ، وعشرون جذعة. انظر: «اللباب في الفقه الشافعي» (ص: ٣٥٩) ، و«المهذب» للشيرازي (٣/٢١٠).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

(٥) سبق تخريجه.

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

CamScanner

ومذهبنا مذهب ابن مسعود، وقوله حجَّة؛ لأنَّه لا يعرف قياسًا، فثبت أنَّه قال سماعًا. وقد رُوي عنه أنَّه قال: كانت الدِّية على عهد رسول الله ﷺ أرباعًا(١)، ولم يرد به[٢] الخطأ، فقد روينا عنه فيها أخماسًا، فثبت أنَّه أراد به دية خطأ العمد.

والحديث المشهور صحيح إلى قوله: «فيه مائة من الإبل» دون الزِّيادة.

والدَّليل عليه: أنَّ الصَّحابة اختلفوا في هذه المسألة اختلافًا بيِّنًا، ولم يحتجَّ أحدٌ بهذا الحديث، وهذا عندنا دليل فساد الخبر.

وإنَّما قلنا: اختلفوا فإنَّ ابن مسعود جعلها أرباعًا، ورُوي ذلك عن عمر، وزيد، وجماعة.

وقال عثمان: أثلاثًا من كلِّ صنفٍ، ثلاثةٌ وثلاثون وثلثًا.

وقال علي: أثلاثًا؛ من الخلفة أربعةٌ وثلاثون(٣).

والاستدلال يدلُّ عليه: فإنَّ أصحابنا صحَّحوا إيجاب العبد والبعير بدلًا عمَّا ليس بمالٍ اعتبارًا بإيجاب الشَّرع، ولم يصحِّحوا تسمية الخلفة بالإجماع، ولو صحَّ الإيجاب شرعًا عوضًا لصحَّ مثله من العباد لمَّا أنَّ إيجاب العبد معتبرٌ بإيجاب الله تعالى.

وكذلك الغريب[٤] عندنا يرد بالقياس، والله أعلم.

---

(١) انظر: «شرح السنة» للبغوي (١٠/١٨٧).
[٢] «ص» (دية).
(٣) انظرها في: «شرح السنة» للبغوي (١٠/١٨٧).
[٤] «أ» «ن» (القريب)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣٥٦| مسألةٌ: قال علماؤنا: الأب إذا قتل ابنه عمدًا وجبت الدِّية في ماله مؤجَّلةً في ثلاث سنين، مثل أجل[١] الخطإ.

وقال الشَّافعي: تجب حالَّةً(٢). وذهب إلىٰ أنَّ الواجب ضمان عمدٍ، فيتعجَّل؛ قياسًا علىٰ القصاص.

وإنَّما قلنا: ضمان عمد لما ذكرنا في مسألة الأب يقتل ولده مع الأجنبيِّ عمدًا.

وبدليل: أن لا كفَّارة عليه علىٰ أصلكم لأنَّه عمدٌ.

ولأنَّ الأصل في ضمان الإتلاف بدلًا عن المتلف أن لا يجب إلَّا حالًّا؛ لأنَّه يجب جبرًا وحقُّ [صاحب][٣] الأصل كان حالًّا، فبدله مثله، وعلىٰ هذا باب الأموال والأروش التي لا تزداد علىٰ ثلث الدِّية. كما أنَّ الأصل فيه أن يجب علىٰ المتعدي دون غيره، ولكن تأجَّلت دية الخطإ بسبب العذر؛ [كما سقط الإثم بسبب العذر][٣]، والعذر قد ارتفع بالعمد، فيرتفع ما ثبت حكمًا له.

ولأنَّ الأجل وجب في دية الخطإ؛ لأنَّ الوجوب علىٰ العاقلة ابتداءً علىٰ سبيل المواساة؛ لأنَّهم لم يجنوا، ولم يعتدوا، فجرىٰ في حقِّهم مجرىٰ وجوب الزَّكاة التي تجب مواساةً، والزَّكاة وجبت مؤجلةً إلىٰ سنةٍ، فثبت أنَّا وجدنا لصفة المواساة أثرًا في تأجيل الواجب نظرًا له، فإذا كان عمدًا، ووجب علىٰ المتعدِّي غرامة نفذ، وإنَّه[٤] لم يجب الأجل؛ لأنَّا لم نجد له أثرًا في إيجاب التَّخفيف[٥]،

---

[١] «أ» «ن» (أصل)، والمثبت من «ص».

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٦/١٢١).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (بعدوانه).

[٥] «أ» (الحقيقة)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فهذه كلماتٌ معقولةٌ واضحةٌ.

ولنا: أنَّ الواجب دية النَّفس، فتجب مؤجلةً؛ قياسًا على [دية][١] الخطإ؛ وهذا لأنَّ الأجل في الخطإ لم يجب بعذر[٢] الخطأ، فإنَّ الخطأ يتصوَّر كذلك في قتل[٣] البهائم، وتجب للحال.

ولِما ذكرنا أنَّه يجب جبرًا للفائت، وحقُّ المستحقِّ في الفائت لا يتغيَّر بخطئه وعمده، فكذا ما يجب جبرًا له لا يتغيَّر، وإنَّما يتغيَّر البدل جبرًا في أصول الإتلافات بتغيُّر صفة المبدل من حيث تغيُّر القدر في الأموال، وكذلك في الدِّيات على ما بيَّنَّا، فكذلك تغير الوصف يُضاف إليه، فالتَّأجيل في معنى النُّقصان إذا قوبل بالنَّقد. ألا ترى أنَّ من اشترى ثوبًا بعشرة [نسأً][٤] لم يحلَّ له أن يبيعه[٥] مرابحةً على عشرةٍ نقدًا؛ كما لو اشتراه بتسعةٍ، وأراد [بيع][٦] المرابحة على عشرةٍ، فإذا ثبت أنَّ التَّأجيل بمعنى النُّقصان، ونقصان القدر يكون لمعنى في المتلَف، وذلك المعنى قائمٌ حال العمد والخطأ= استوى الحكم فيهما. ألا ترى أنَّ دية المرأة لمَّا نقصت عن [دية][٧] الرَّجل بالأنوثة استوى حال العمد والخطأ، متى وجبت [وجبت][٨] ناقصةً، هذا على الإجمال صحيح،

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (بقدر)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (من قتل)، «ن» (من قبل)، والمثبت من «ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» «ن» (يبيع)، والمثبت من «ص».
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٨] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وعلى التَّفسير أنَّ النَّفس ليست بمالٍ، وكان هذا يمنع وجوب المال بدلًا عنه على سبيل المماثلة؛ لِما مرَّ أنَّه لا مماثلة بينهما. فلمَّا كان امتناع أصل الوجوب ـ لو تركنا والقياس ـ كان متعلِّقًا بعدم الماليَّة في المتلف، فكذلك امتناع وجوب المطالبة للحال يُضاف إليه فإنَّه قياسٌ صحيحٌ، والثَّابت بخلاف القياس الوجوب بعد الأجل بخلاف الأموال، ولهذا قالوا جميعًا إنَّ الدِّية تجب في حكم الصِّلة دون العوض، حتَّى لا تملك إلَّا بالقبض، ولا تجب الزَّكاة إلَّا بحولٍ بعد القبض، وكذلك لا يصحُّ بها الكفالة؛ كأنَّها لم تجب.

بخلاف بدل المال المتلف، فإنَّ الملك ثابتٌ فيه وتجب الزَّكاة [فيه][1] بالحول قبل القبض، وتصحُّ به الكفالة.

ثمَّ قول الشَّافعي: إنَّما تأجَّل لعذر الخطأ.

فنقول: لا نجد له نظيرًا في [هذا][2] الحكم بعينه.

ولنا: نظائر في أن لا يجب المال عن إتلاف ما ليس بمالٍ؛ بل القياس يردُّ عليه؛ كما في المال.

ولما ذكرنا أنَّه يجب جبرًا لحرمة المتلف، وتلك الحرمة لا تختلف باختلاف خطئه وعمده، وليس هذا بنظير الوجوب على العاقلة، فإنَّ التَّفرق على العاقلة أو الاجتماع على رجلٍ واحدٍ لا يوجب نقصانًا في بدل المتلف، فإنَّ المال يؤخذ من زيد وعمرو سواء، قط لا يختلف به معنى الماليَّة، وإنَّما يوجب نقصانًا عن الجاني بأن لا يجتمع عليه الكثير فلا يجحف به فيخفف عنه، فالتَّخفيف عن

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إنسانٍ إنَّما يكون لعذرٍ له فيه؛ كسقوط الإثم، فعلمت أنَّ الأجل من قبيل نقصان قدر الدِّية، والتَّفرق على العاقلة بمنزلة سقوط الإثم.

فتعلَّق الأوَّل بمعنى في التَّالف، والثَّاني بمعنى في المتلف، وليس الدِّية كالقصاص.

فوجوب القصاص قياسٌ، وليس في المتلف ما يمنعه أصلًا ليكون مانعًا وجوبه للحال، ولأنَّ القصاص عقوبةٌ هي جزاء فعل المعصية، فلا يتغيَّر بصفة المتلف؛ كما لم يختلف بالأنوثة إنَّما يتغيَّر بتغير صفة المعصية من فعله.

ولا يلزم ما يجب صلحًا عن القصاص، لأنَّه يجب بالعقد والشَّرط، فلا يُعتبر له بشرط المماثلة، وباعتبار شرط المماثلة كان يمتنع أصل الوجوب، والوجوب إلى حينٍ على ما مرَّ.

ولا يلزم قتل شبه العمد، فإنَّه يوجب الدِّية مغلَّظةً، وفيه زيادة وصف تغيُّرٍ باختلاف صفة الفعل دون المفعول؛ لأنَّ الزِّيادة تثبت بخلاف القياس، فلا يلزم القياس.

على أنَّ زيادة الوصف في شبه العمد، وحرمان الإرث، والكفَّارة، والقصاص زوائدٌ على أصل البدل الذي يجب جبرًا للمتلف، وجبت هذه الزِّيادة جزاء فعله المحظور المحض، أو المحظور من وجهٍ، حتَّى لا يوجب هذه الزَّوائد على من ليس من أهل[1] المجازاة على فعل المحظور؛ كالصَّبي والمجنون، ولم يوجب على المسبِّب من نحو حافر البئر لانعدام مباشرة القتل، وإذا لم تجب هذه الزَّوائد بدلًا عن المتلف جبرًا لم تختلف باختلاف صفة المبدل، ولمَّا وجب

[1] «أ» «ن» (بأهل)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

جزاء الفعل اختلف باختلاف صفة الفعل، والله أعلم.

|١٣٥٧| مسألةٌ: دية خطأ العمد مغلَّظةٌ.

إلَّا عند مالك(١)، قال: لأنَّ الله تعالىٰ لم يذكر خطأ العمد، فثبت أنَّه ليس بنوعٍ ثالثٍ حكمًا.

ولأنَّ النَّبي ﷺ أوجب في خطأ العمد مائةً من الإبل، ولم يوجب صفة التَّغليظ.

ولأنَّ الدِّية بدل المقتول، فلا تختلف صفتها باختلاف صفة الفعل؛ كبدل[٢] المال.

إلَّا أنَّ نحتجَّ بإجماع الصَّحابة علىٰ التَّغليظ ـ علىٰ ما مرَّ في مسألة كيفيَّة التَّغليظ ـ.

ولأنَّ الفعل اشتمل علىٰ صفة العمد والخطأ، فوجب المال الذي هو بدل النَّفس في الخطإ، فكذلك يجب عقوبةً بإزاء الفعل الذي تعمَّد قولًا بهما جميعًا، ولم يمكن إيجاب القصاص؛ لأنَّه لا يتجزَّأ ليوجب بقدره، فأوجب غِلَظًا في الدِّية ليكون الغِلَظ جزاء الفعل؛ كما في العمد المحض، والأصل بدل المقتول. وعدم ذكر الحادثة[٣] في الكتاب لا يدلُّ علىٰ أنَّها لا تختصُّ بحكمٍ إذا وقعت،

(١) يستثنىٰ من ذلك إذا الأب إذا قتل ابنه بحديدة حذفه بها أو بغيرها، مما يقاد من غير الولد فيه، فإن الأب يدرأ عنه القود وتغلظ عليه الدية، وتكون في ماله حالة، وهي ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون خلفة. انظر: «المدونة» (٤/٥٥٨)، «التهذيب في اختصار المدونة» (٤/٥٤٦).

[٢] «أ» «ن» (كبذل)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (الجارية)، والمثبت من «ص».

CamScanner المسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

وزدنا على السُّنة[١] التَّغليظ بإجماع الصَّحابة؛ كما زدنا جميعًا[٢] أوصافًا مخصوصةً، وقد قلنا بقياسه، فإنَّه لم يختلف بدل النَّفس إنَّما اختلف جزاء الفعل، وفي المال لا يجب في مقابلة الفعل عوض ـ وإن كان عمدًا محضًا ـ بخلاف النَّفس، والله أعلم.

|١٣٥٨| مسألةٌ: الدِّية لا تتغلَّظ عندنا بالقتل خطأً في الحرم.

وقال الشَّافعي: تتغلَّظ.

وكذلك ـ على هذا الاختلاف ـ إذا قتل ذا رحم محرم منه خطأً(٣).

واحتجَّ: بما رُوي عن عمر: أنَّه أوجب الدِّية مغلَّظةً على رجلٍ قتل أباه(٤).

وعن عثمان ـ في امرأةٍ وُطِئت في الحرم، فماتت ـ: أنَّه أوجب دية وثلث(٥)، فغلَّظ بالزِّيادة.

ولأنَّ الحرم يوجب زيادة حرمةٍ، وكذلك القرابة.

ولنا: أنَّ النَّبي ﷺ، أوجب الدِّية في الخطإ أخماسًا، ولم يفصِّل.

---

[١] «أ» «ن» (الشبه)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (جمعا)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٦/١٢٢).

(٤) لم أقف على من نسبه لعمر رضي الله عنه وقد روى عبد الرزاق (١٧٨٠٠) عن معمر، عن الزهري في رجل قتل أباه أو أخاه قال: «كان سلف هذه الأمة يغلظون عليهم الدية أتهمتهم الأئمة».

(٥) رواه عبد الرزاق (١٧٢٨٢)، وابن أبي شيبة (٢٧٦٠٩)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١٦٣٠٧) عن أبي نجيح قال: «أوطأ رجل امرأة فرسا في الموسم فكسر ضلعا من أضلاعها، فماتت، فقضى عثمان فيها بثمانية آلاف درهم؛ لأنها كانت في الحرم، جعلها الدية وثلث الدية».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأنَّ الدِّية بدل التَّالف، فلا تزداد بالحرم، ولا بالقرابة قياسًا علىٰ المال، وصيدٌ يقتله المحرم في الحرم، فإنَّ الجزاء كما لو كان في الحلِّ. وهذا لما ذكرنا أنَّ البدل عن التَّالف يجب جبرانًا له، فلا يختلف إلَّا باختلاف صفة التَّالف، وصفة التَّالف من الوجه الذي يقوم لم تزدد بالحرم. والصِّفات المعتبرة ما بيَّنَّاها في مسألة دية الذِّمِّي، والعبد، والجنين، والمرأة.

ولا يلزم خطأ العمد؛ لأنَّ الزِّيادة في مقابلة العمد جزاءً له، لا في مقابلة المقتول، وإن كان الاستيفاء إليهم كالقصاص إليهم الاستيفاء، وهو في مقابلة الفعل علىٰ ما مرَّ. ألا ترىٰ أنَّه لا يلزم الصَّبي الدِّية مغلَّظةً وإن تعمَّد؛ لأنَّه جزاء الفعل، وإنَّما يلزمه قدر المشروع عوضًا في الخطإ لا غير، وجزاء الفعل لا يرد إلَّا بعمد القتل، وإنَّه بابٌ لا يحتمل القياس، فلم يمكن قياس حرمة الحرم عليه.

والجواب عن الآثار: أنَّه ليس فيها أنَّ القتل كان خطأً أم خطأ العمد، وعلىٰ أنَّ التَّغليظ لا يجب بإجماع الصَّحابة من حيث زيادة المقدار، فثبت أنَّ عثمان ما زاد إلَّا بسببٍ آخر غير القتل في الحرم.

دلَّ عليه [ما مرَّ][١]، أنَّ الدِّية لا تزداد بحرمة الإسلام، فبحرمة القرابة والحرم أوْلىٰ، والله أعلم.

***

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ
حامل الدِّية

|١٣٠٩| مسألةٌ: قال علماؤنا: حامل الدِّية عاقلته أهل ديوانه إذا كان له ديوان يرتزق منه للقتال، وإلَّا فقرابته.

وقال الشَّافعي: عاقلته قرابته(١).

لأنَّ النَّبي ﷺ جعل دية الخطإ على القرابة.

ولأنَّ العاقلة يتحمَّلون الدِّية مواساةً للقاتل؛ كمن يؤدِّي عن رجلٍ ديته بكفالةٍ تبرَّع[٢] بها؛ لأنَّ الضَّمان في الأصل يجب على المتعدِّي دون غيره؛ كما في إتلاف المال، ولقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤]. وإنَّما يُطالب الغير بضمان جناية الغير بكفالةٍ أو حوالةٍ، فثبت أنَّ الشَّرع أوجب عليهم، لا على سبيل الحوالة، بدلالة براءة الجاني، فهي حوالة عقَدها الشَّرع على سبيل التَّبرع عن الجاني، فكانت مواساة؛ كالتَّبرع بالأداء. والمواساة ممَّا يجب بالقرابة؛ كالنَّفقة، ولا تجب بالتَّناصر، إلَّا أنَّها لا تجب على الصِّبيان والنِّساء؛ لأنَّها مواساةٌ لزمتهم لإطفاء نائرة[٣] القتل على ما كانت عليه عادات النَّاس في طلب عشيرة القاتل يثأر[٤] القتيل رجالهم دون ذراريهم، فلمَّا اختصَّ

(١) انظر: «الأم» للشافعي (٦/١٢٤)، و«مختصر المزني» (٨/٣٥٤).

[٢] «أ» (ينتزع) «ص» (ينزع)، ولم تضبط في «ن». ولعل المثبت أولى.

[٣] «ن» (ناثرة)، وغير واضحة في «أ»، والمثبت من «ص». والنائرة: العداوة. انظر: «الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي» (ص: ٢٥٣).

[٤] لم تضبط في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أهل القتال بالعائدة اختصُّوا بالحمالة، ليكون الضَّمان مع الخراج.

بخلاف النَّفقة؛ فإنَّها تجب صلةً للقريب لفوائد القرابة، وهي تعمُّ الذَّراري والرِّجال. ألا ترىٰ أنَّها لا تجب علىٰ أهل السُّوق، وأهل الصَّداقة[١]؛ كما لم يجب عليهم مواساة النَّفقة.

ولنا: ما رُوي أنَّ عمر رضي الله عنه حين دوَّن الدَّواوين، وكتب أعطية المقاتلة، وأرزاقهم جعل عاقلة الرَّجل أهل ديوانه، وقضاؤه متَّبعٌ علىٰ ما مرَّ.

ولأنَّه لم ينكر عليه أحد، وقد اشتهرت رسوم ديوانه، فيصير بمنزلة الإجماع.

والمعنىٰ الفقهيُّ فيه: أنَّ القرابة كانت عاقلة بسبب تناصرهم في باب القتل دفعًا وفعلًا، فإنَّ العادة أنَّ القتل لا يوجد ولا يُدفع إلَّا بضرب[٢] غلبة[٣]، وأنَّ العشيرة في ذلك الباب يكونون كنفسٍ واحدةٍ بموجب الطِّباع وجريان العادة به، وتقرير الشَّرع علىٰ ذلك إذا كان بحقٍّ، ولمَّا صاروا كنفسٍ واحدةٍ في باب القتل جعلوا جميعًا قتلةً حكمًا، إذا وجد القتل من واحدٍ منهم حال الخطإ الذي جعل عذرًا شرعًا، ولم يصر بارتكاب النَّهي خارجًا عن العادة التي أقرَّهم[٤] الشَّرع علىٰ ذلك، فلزمتهم الدِّية؛ كأنَّهم قتلوا جميعًا. إلَّا أنَّهم لا يحرمون الميراث علىٰ أصلي لانعدام المباشرة حقيقةً، كما قلت: في حافر البئر إذا مات بالبئر إنسانٌ أنَّه لا كفَّارة عليه، ولا يحرم الإرث؛ لانعدام المباشرة علىٰ ما بيَّنَّا فيها.

---

[١] «أ» (الصدقة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» (بضرر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (علبه)، وفي «ن» و«ص» (عليه). ولعل المثبت أولىٰ.

[٤] «أ» «ن» (أمرهم)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والدَّليل عليه أنَّه اختصَّ بهذه الحمالة أهل النُّصرة والقتال دون الذَّراري والنِّساء، وكان هذا الاعتبار أقرب إلىٰ القياس؛ لأنَّا نجعل ضمان التَّعدي علىٰ المعتدي حقيقةً أو حكمًا، وهو جعل علىٰ غيره بحكم الحوالة تبرُّعًا[1] عن المتعدِّي، ولا نجد للقرابة تأثيرًا في المواساة بضمان العدوانات، إنَّما الأثر في المواساة لدفع الحاجة الطبيعيَّة لا ما يقع بعدوان فعله، فهذه الحاجة ممَّا تندفع بترك العدوان، وهو الواجب عليه، فلا يجعل سببًا إذا فعل لوجوب الحمالة عنه.

ولأنَّ تخصيص الرِّجال بخصوص سبب الوجوب أوْلىٰ من التَّخصُّص بخصوص فائدة الأداء، وإذا كان كذلك صار أهل الدِّيوان أولىٰ من القرابة؛ لأنَّهم اجتمعوا وارتزقوا للقتال، لا لأمرٍ آخر، فيكون استعدادهم وتناصرهم في باب القتل فوق تناصر العشيرة؛ بخلاف أهل السُّوق؛ لأنَّهم اجتمعوا للتِّجارة، لا للتَّناصر، وأهل الصَّداقة للأنس، لا للقتال.

|١٣٦٠| مسألةٌ: والقاتل عليه مثل ما علىٰ الواحد من العاقلة.

وقال الشَّافعي: لا شيء عليه(٢).

لأنَّ النَّبي ﷺ جعل دية الخطإ علىٰ العاقلة.

ولأنَّها انتقلت إليهم بحكم حوالةٍ عقدها الشَّرع، والحوالة لا تخصُّ البعض دون البعض.

ولنا: أنَّ الضَّمان لزمهم؛ لأنَّهم جُعلوا كأنَّهم قتلوه جملةً من حيث الحكم،

---

[١] «أ» «ن» (شرعا)، والمثبت من «ص».

(٢) انظر: «العزيز شرح الوجيز» (١٠/٤٦٥)، و«أسنىٰ المطالب» (٤/٨٣).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فالقاتل الحقيقي كان بالضَّمان أولىٰ.

وإنَّما سمِّيت حمالة عندنا علىٰ حقيقة الحال، فإنَّ القاتل حقيقةً واحد[١]، وكان يجب أن يكون عليه الكلُّ، فحيث لزمهم بأن جعلوا قتلة حكمًا صاروا حاملين الدِّية بهذا الطَّريق أصولًا، وعن القاتل[٢] بالطَّريق الحقيقي.

والجواب عن الحديث أنَّ العاقلة اسمٌ ثابتٌ قبل الجناية وبعدها، وهي[٣] اسمٌ لجماعة القرابة أو لجماعة أهل الدِّيوان والقاتل منهم؛ ولأنَّ معنىٰ التَّخفيف عن القاتل معتبرٌ علىٰ ما نذكره، وهذا المعنىٰ لا يوجب إسقاط الأصل، والله أعلم.

|١٣٦١| مسألةٌ: لا تعقل العاقلة أرش ما دون الموضحة عندنا.

وقال الشَّافعي: تحمل(٤).

لأنَّها تجب مواساةً للجاني بعذر الخطإ، وعلَّة القرابة، والعذر قائمٌ مع قيام القرابة؛ بل لما لزمهم المواساة بالكثير فبالقليل[٥] أوْلىٰ. ألا ترىٰ أنَّ العاقلة لما عقلت دية عبدٍ قُتل خطأً إذا كانت ألوفًا حملته إذا كانت مائة درهمٍ، وهي دون أرش الموضحة.

ولنا: حديث ابن عبَّاس ﷺ وقد رُوي موقوفًا: «لا تعقل العاقلة عمدًا ولا

---

[١] «أ» (واحدة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» (القتال)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (وهو)، والمثبت من «ص».

(٤) انظر: «الحاوي الكبير» (١٢/٣٥٥)، و«نهاية المطلب» (١٦/٥٢٦).

[٥] «أ» «ن» (فالقليل)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا أرش ما دون الموضحة»(١).

ولأنَّ العقل[٢] وجب في أصل الدِّية بعذر الخطإ لما ذكرنا أنَّ القتل في الأصل إنَّما يكون بالتَّغالب والتَّناصر، فجعل أهل النُّصرة؛ كنفسٍ واحدةٍ، وكذلك الجراحات العظام، لا تكون إلَّا بالتَّغالب. وأمَّا الصِّغار التي تكون بين الصِّبيان في ملاعبهم، فلا تكون بالتَّغالب والاجتماع، فألحق بإتلاف الأموال، وجعل الحدَّ الفاصل ما أوجب أرشًا مقدَّرًا؛ لأنَّ بدل النَّفس مقدَّر، وبدل المال غير مقدَّر، وكذلك خمسمائةٍ تبلغ دية الجنين، وهي بدل النَّفس.

ولما ذكرنا أنَّ المقدر في حكم بدل النَّفس، حتَّىٰ يتنصف[٣] بالأنوثة، وما ليس بمقدَّر في حكم المال حتَّىٰ لم يتنصف[٣] بالأنوثة، والحمالة ما جاءت إلَّا لبدل النَّفس في الأصل، والله أعلم.

|١٣٦٢| مسألةٌ: القتيل إذا وجد في محَلَّة، ولم يُدر ما حاله، أو عرف يقينًا أنَّ رجلًا أجنبيًّا مجهولًا قتله= كانت علىٰ عواقل أهل المحلَّة الدِّية، والقسامة علىٰ أهل المحلَّة.

وقال أصحابنا: في فئتين التقتا في محلَّة، فأُجلوا عن قتلىٰ= كانت دياتهم علىٰ أهل المحلَّة، وهذا إذا لم يدر من القاتل من الذين اقتتلوا.

وقال الشَّافعي(٤): إن كان بين القتيل وبين أهل المحلَّة[٥] عداوةٌ وقتلٌ؛ كما

---

(١) سبق تخريجه.
[٢] «ن» (الفعل).
[٣] «أ» (يتصف)، والمثبت من «ن» و«ص».
(٤) انظر: «مختصر المزني» (٨/٣٥٩)، و«منهاج الطالبين» (ص: ٢٨٨).
[٥] «أ» «ن» (وبينهم)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

دخل عيَّن الوليّ من شاء، وحلف أنَّه قتله، وأخذ منه ضمان القتل؛ كما لو أقام البيِّنة، وهو قول مالك[1].

وقال في الجديد: لا قصاص في العمد؛ لكن تجب الدِّية في ماله، وإن لم يكن بينه وبينهم عداوةٌ كان الحكم فيه؛ كالحكم في دعوىٰ المال.

أمَّا حجَّته للفصل الأوَّل: فما روىٰ سهل بن أبي حثمة، أنَّ عبد الله بن سهل وجد قتيلًا في قليب خيبر، فخاصم أولياؤه إلىٰ رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ: «أتحلفون وتستحقُّون دم صاحبكم، فقالوا: كيف نحلف علىٰ أمرٍ لم نشاهد ولم نعاين؟ فقال النَّبي ﷺ: تبرئكم اليهود بأيمانها، فقالوا: لا نرضىٰ بأيمان قوم كفَّار، فكتب إليهم رسول الله أنَّ قتيلًا وُجد بين أظهركم، فإمَّا أن تدُوا وإمَّا أن تأذنوا بحربٍ من الله ورسوله، فكتبوا إليه أن لا علم لنا بذلك فودَىٰ رسول الله من عنده»[2]. فبدأ رسول الله بيمين المدَّعي، ثمَّ ردَّ الأيمان علىٰ المدَّعىٰ عليهم عند نكول المدَّعين، وأثبت البراءة لهم بالأيمان. ألا ترىٰ أنَّه ﷺ ودَىٰ من عند نفسه لما لم يرض الأولياء بأيمانهم، ولم يلزمهم الدِّية اعتبارًا بالقتيل علىٰ قارعة الطَّريق. ثمَّ هذه الأمور إن لم تصحَّ قضاءً بلا خصمٍ صحَّ فتوىٰ، والكلام من حيث المعنىٰ ذكرنا في مسألة الشَّاهد، واليمين وردِّ اليمين علىٰ المدَّعي.

وأمَّا حجَّته علىٰ الفصل الثَّاني: فقوله ﷺ: «البيِّنة علىٰ المدَّعي واليمين

---

(١) صورة القسامة عند المالكية: أن يوجد قتيل لا يعلم من قتله فيدعي أولياؤه الدم علىٰ رجل بعينه، أو جماعة بأعيانهم، ويكون معهم لوث يقوي دعواهم، واللوث: أمارة يغلب معها عند الظن صدقهم، فيحلف الأولياء علىٰ ما يدعونه ويجب لهم في العمد القود، والدية في الخطأ. انظر: «المعونة علىٰ مذهب عالم المدينة» (ص: ١٣٤٢)، و«الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/١١١٦).

(٢) سبق تخريجه.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

علىٰ من أنكر»[1].

دلَّ أنَّه لا استحقاق قبل البيِّنة، ولا شيء عليهم بعد اليمين.

ولأنَّ يمين المنكر حجَّة مبرئة عند عدم البيِّنة؛ قياسًا علىٰ سائر المنكرين.

ولنا: هذا الحديث، فإنَّه جعل اليمين علىٰ المنكر دون المدَّعي ـ علىٰ ما مرَّ ـ في مسألة القضاء بشاهدٍ ويمينٍ، واليمين قد أبرأتهم عن مباشرة القتل، حتَّىٰ لم تلزمهم أحكام المباشرة من حرمان الإرث والكفَّارة، والدِّية تلزمهم لا بالدَّعوىٰ؛ ولكن بوجود سبب الوجوب عيانًا علىٰ ما نذكر بعد هذا.

❁ فإن قيل: رُوي إلَّا في القسامة.

---

(١) تقدم أن الحديث قطعة من حديث رواه البخاري (٢٥١٤)، ومسلم (١٧١١) عن ابن عباس رضي الله عنهما ـ واللفظ لمسلم ـ أن النبي ﷺ قال: «لو يعطىٰ الناس بدعواهم، لادعىٰ ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين علىٰ المدعىٰ عليه».

وهو باللفظ الذي ذكره المصنف عند البيهقي في «السنن الصغير» (٣٣٨٦)، و«السنن الكبرىٰ» (٢١٢٠١)، ونصه: «لو يعطىٰ الناس بدعواهم لادعىٰ رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة علىٰ المدعي، واليمين علىٰ من أنكر». قال النووي: في الأربعين: «حديث حسن، رواه البيهقي وغيره هكذا، وبعضه في الصحيحين».

ورواه البيهقي في السنن الصغير (٣١٠٣)، و«السنن الكبير» (١٦٥٤٢)، والدارقطني (٣١٩١) عن مسلم بن خالد الزنجي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «البينة علىٰ من ادعىٰ، واليمين علىٰ من أنكر، إلا في القسامة». قال ابن عبد الهادي في «تنقيح التحقيق» (٧٤/٥): «مسلم بن خالد تكلم فيه غير واحد من الأئمة، وقد اختلف عليه فيه». وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٥١٣/٨): «ومسلم هذا فيه مقال. وثقه قوم وضعفه آخرون، لا جرم قال ابن عبد البر في «تمهيده» بعد أن أخرجه من هذه الطريق: في إسناده لين». وانظر: «التمهيد» لابن عبد البر (٢٠٥/٢٣)، و«تنقيح التحقيق» للذهبي (٣٢٦/٢)، و«نصب الراية» (٩٦/٤)، و«البدر المنير» (٥١٣/٨).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CS CamScanner

❁ قلنا: إنَّ الاستثناء غريبٌ، فلا يغيِّر حكم المطلق المشور على أصلنا.

ولأنَّ المراد إلَّا في القسامة، فيحلفون، ويغرمون.

بخلاف سائر الأبواب، وكذلك المدَّعي يعطي بلا بيِّنةٍ مع إنكار الخصم.

وعن عبد الرحمن بن عوف أنَّه قال: سمرنا عند رسول الله ليلةً، فخرجنا فوجدنا قتيلًا متشحِّطًا بدمه، فأخبرنا رسول الله بذلك.

وقلنا: نرى أنَّ اليهود قتلته، فقال رسول الله: «تحلف لكم اليهود خمسين يمينًا بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلًا ثمَّ يغرمون الدِّية»(١).

وعن ابن عباس أنَّ قتيلًا وجد بخيبر، فقالت اليهود: اقضِ علينا بالبقرة كما قضى موسى ﷺ، فلم يجبهم إلى ذلك، وأوجب عليهم القسامة والدِّية(٢).

ورُوي عن خصيف عن زياد بن أبي مريم أنَّ رجلًا أتى رسول الله ﷺ، فقال: إنِّي وجدت أخي قتيلًا في قومٍ، فقال رسول الله ﷺ: «يحلف لك منهم خمسون رجلًا ما قتلوه، ولا علموا له قاتلًا». فقال: وليس لي من أخي غير هذا؟ فقال ﷺ: «ولك[٣] مائةٌ من الإبل»(٤). ورُوي أنَّ قتيلًا وُجد بين قريتين، فقيس ما بينهما، فكان إلى أحدهما أقرب، فأوجب النَّبي ﷺ [عليهم][٥] القسامة والدِّية(٦).

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) لم أقف عليه.

[٣] «أ» (وكل)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٤) لم أقف عليه.

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

(٦) سيأتي تخريجه.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ويدلُّ عليه إجماع الصَّحابة ؛ عن عمر في قتيل وجد بين وادعة وأرحب ، فقيس ما بينهما ، فكان إلىٰ وادعة أقرب ، فأوجب عليهم القسامة والدِّية ، فقالوا: لا أيماننا تدفع عن أموالنا ، ولا أموالنا تدفع عن أيماننا؟ فقال: حقنتم دماءكم بأيمانكم ، فبما يُهدر دم امرئٍ مسلم ، وفي رواية: أغرِّمكم الدِّية لوجود القتيل بين أظهركم[1].

وعن عليّ في القتيل في قرية حملته أهلها ، وإن وجد بين قريتين حملته أقربهما إليه[2].

وعن ابن عباس: القسامة توجب المال ، ولا تشيط الدَّم[3].

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٨١٣) عن الحارث بن الأزمع ، ولفظه: وجد قتيل باليمن بين وادعة وأرحب ، فكتب عامل عمر بن الخطاب إليه ، فكتب إليه عمر أن قس ما بين الحيين ، فإلىٰ أيهما كان أقرب فخذهم به ، قال: «فقاسوا فوجدوه أقرب إلىٰ وادعة» قال: «فأخذنا وأغرمنا وأحلفنا» فقلنا: يا أمير المؤمنين: أتحلفنا وتغرمنا ؟ قال: «نعم» قال: فأحلف منا خمسين رجلا بالله ما فعلت ولا علمت قاتلا .

وروىٰ عبد الرزاق (١٨٢٦٦) عن الشعبي: أن قتيلا وجد بين وادعة وشاكر فأمرهم عمر بن الخطاب أن يقيسوا ما بينهما ، فوجدوه إلىٰ وادعة أقرب «فأحلفهم عمر خمسين يمينا ، كل رجل منهم: ما قتلت ، ولا علمت قاتلا ، ثم أغرمهم الدية» . قال الثوري: وأخبرني منصور ، عن الحكم ، عن الحارث بن الأزمع أنه قال: يا أمير المؤمنين ، لا أيماننا دفعت عن أموالنا ولا أموالنا دفعت عن أيماننا ، فقال عمر: «كذلك الحق» .

وإسناد الأثر فيه كلام . انظر: «السنن الصغير» للبيهقي (٣/٢٥٨) ، و«نصب الراية» (٤/٣٩٧) ، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/٢٨٦) .

(٢) رواه عبد الرزاق (١٨٢٦٩) عن أبي جعفر ، قال: حبس الإمام بعد إقامة الحد ظلم ، قال: وقال علي: «أيما قتيل وجد بفلاة من الأرض ، فديته من بيت المال ، لكيلا يبطل دم ، في الإسلام ، وأيما قتيل وجد بين قريتين ، فهو علىٰ أسفهما ـ يعني أقربهما ـ» . وانظر: «المحلىٰ بالآثار» (١١/٢٩١) .

(٣) رواه ابن حزم في «المحلىٰ بالآثار» (١١/٢٩١) من طريق عبد الرزاق عن إبراهيم عن داود بن=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وعن ابن عمر: القود في القسامة أمرٌ جاهليٌّ(١).

﴿ فإن قيل: رُوي أنَّ معاوية أقاد بقتيلٍ في محلَّة بيمين الوليِّ(٢)، والصَّحابة متوافرون.

= الحصين عن عكرمة عن ابن عباس، ولفظه: «لا قسامة، إلا أن تكون بينة. ويقول: لا يقتل بالقسامة، ولا يطل دم مسلم».

وروىٰ عبد الرزاق (١٨٢٨٦) عن القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين أتيا عمر بمنىٰ فقالا: إن ابن عم لنا نحن إليه شرع قتل، فقال عمر: «شاهدا عدل علىٰ أحد قتله نقدكم منه، وإلا حلف من يداريكم ما قتلوا، فإن نكلوا، حلفتم خمسين يمينا، ثم لكم الدية، إن القسامة توجب العقل، ولا تشيط الدم».

وأعله البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (٨/٢٢٢) بالانقطاع. وانظر: «معرفة السنن والآثار» (١٢/٢٢).

(١) لم أقف عليه من كلام ابن عمر ﷺ، وروىٰ البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٦٤٦٤) عن الحسن، قال: «القتل بالقسامة جاهلية».

(٢) رواه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٥٦٩٤)، و«السنن الكبرىٰ» (١٦٤٥٩) من طريق عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن أبيه. قال في المعرفة: «وأصح ما روي في القتل بالقسامة وأعلاه ـ بعد حديث سهل برواية ابن إسحاق ـ ما رواه عبد الرحمن بن أبي الزناد، عن أبيه، قال: حدثني خارجة بن زيد بن ثابت الأنصاري، قال: " قتل رجل من الأنصار وهو سكران رجلا آخر من الأنصار من بني النجار في عهد معاوية، ضربه بالشوبق، حتىٰ قتله، ولم يكن علىٰ ذلك شهادة إلا لطخ، وشبهة، قال: فاجتمع رأي الناس علىٰ أن يحلف ولاة المقتول، ثم يسلم إليهم، فيقتلوه، فقال خارجة بن زيد: فركبنا إلىٰ معاوية، فقصصنا عليه القصة، فكتب معاوية إلىٰ سعيد بن العاص إن كان ما ذكرنا له حقا أن يحلفنا علىٰ القاتل، ثم يسلمه إلينا، فجئنا بكتاب معاوية إلىٰ سعيد بن العاص، فقال: أنا منفذ كتاب أمير المؤمنين فاغدوا علىٰ بركة الله، فغدونا إليه، فأسلمه إلينا سعيد بعد أن حلفنا عليه خمسين يمينا».

وفي «السنن الكبرىٰ» (١٦٤٥٩) ـ بعد الأثر ـ: «وفي الناس يومئذ من أصحاب رسول الله ﷺ ومن فقهاء الناس ما لا يحصىٰ، وما اختلف اثنان منهم أن يحلف ولاة المقتول ويقتلوا أو يستحيوا، فحلفوا خمسين يمينا وقتلوا، وكانوا يخبرون أن رسول الله ﷺ قضىٰ بالقسامة، ويرونها للذي يأتي به من اللطخ والشبهة أقوىٰ مما يأتي به خصمه...»

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

۞ قلنا: إنَّه لا يُقلَّد ولا يُعارض بمن قلنا فقد ظهر منه مالًا نجد له تأويلًا في زمن الصَّحابة؛ إلَّا أنَّه كان غالبًا ما [كان][1] يمكنهم الإنكار عليه في كلِّ شيءٍ.

والمعنىٰ فيه أنَّ أمر الدَّم عظيمٌ لا سبيل إلىٰ إهداره ما أمكن، حتَّىٰ قال رسول الله ﷺ: «لا يُترك في الإسلام مُفْرَج»(٢). أي: دمٌ هدرٌ(٣).

[ومتىٰ لم يعلم القاتل لم يمكن التَّضمين بالمباشرة، فيجب تضمين من له سببٌ في القتل بوجهٍ ما حين[٤] لا يهدر الدَّم إظهارًا لحظره.

ولأنَّ العادة جاريةٌ في التزام أهل كلِّ محلَّة حفظ محلَّتهم عن القتل فيها، والتَّناصر عليهم؛ كأنَّهم نفسٌ واحدةٌ، والشَّرع قرَّر علىٰ ذلك.

فقد روىٰ أبو عبيد في الغريب عن النَّبي ﷺ بإسناده: «لا يُترك في الإسلام

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) رواه الطبراني في «المعجم الكبير» (١٧/٢٤، رقم: ٣٦) من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: «لا يترك مفرج في الإسلام». زاد ابن نمير في حديثه «حتىٰ يضم إلىٰ قبيلة».
قال في «مجمع الزوائد» (٦/٢٩٣): «رواه الطبراني، وفيه كثير بن عبد الله المزني، وهو ضعيف، وقد حسن الترمذي حديثه، وبقية رجاله ثقات». وقال البوصيري في «إتحاف الخيرة المهرة» (٣/٣٧٨): «هذا إسناد ضعيف، لضعف كثير بن عبد الله».

(٣) قال ابن الأثير في «النهاية في غريب الحديث والأثر» (٣/٤٢٣): «قيل: هو القتيل يوجد بأرض فلاة، ولا يكون قريبا من قرية، فإنه يودىٰ من بيت المال ولا يطل دمه. وقيل: هو الرجل يكون في القوم من غيرهم، فيلزمهم أن يعقلوا عنه. وقيل: هو أن يسلم الرجل ولا يوالي أحدا حتىٰ إذا جنىٰ جناية كانت جنايته علىٰ بيت المال لأنه لا عاقلة له. والمفرج: الذي لا عشيرة له. وقيل: هو المثقل بحق دية أو فداء أو غرم. ويروىٰ بالحاء المهملة».

[٤] كذا في «أ» و«ن» ولعلها (حتىٰ).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

مُفرج». أي: دم هدر][1]، ومتىٰ لم يجب علىٰ أهل المحلَّة بوجود[2] القتيل بينهم هدر.

ولأنَّا أجمعنا في الخطإ أن الدِّية تجب، وقد مرَّ أنَّ القياس أن لا يجب المال عمَّا ليس بمالٍ، ولكن لمَّا تعذَّر إيجاب القصاص، وهو عقوبةٌ حال الخطإ، وهو المثل في مقابلة القتل= وجب المال صيانةً للدَّم عن الهدر، ووجب علىٰ العاقلة وإن لم يجنوا، لأنَّهم أهل نصرته في باب القتل؛ دفعًا عنه وإيجادًا[3] له، فلمَّا لم يظهر المباشر وخيف هدر الدَّم أوجب علىٰ أهل المحلَّة؛ لأنَّهم مع المحلَّة في دفع القتل فيها ـ أو الإيجاد ـ كالعاقلة مع المخطئ، فلمَّا سقط ضمان المباشرة عن المخطئ ـ وهو القصاص الذي هو مثلٌ ـ لعذر الخطإ[4]، وخيف هدر الدَّم، وجب بالتَّناصر فيه؛ كأنَّهم بتناصرهم في باب القتل صاروا ضامنين تبرُّعًا حفظ جريان القتل من كلِّ واحدٍ منهم، وصاروا جانين بترك الحفظ. فضمنوا الدِّية بذلك السَّبب علىٰ السَّواء؛ لتساويهم في سبب الضَّمان صيانةً للدَّم عن الهدر لمَّا سقطت المباشرة في حقِّ إيجاب الدِّية، حتَّىٰ إذا كان عمدًا، أوكانت المباشرة معتبرةً موجبةً للضَّمان= اختصَّ به القاتل. فكذلك أهل المحلَّة بتناصرهم عادةً في إيجاد القتل ودفعه صاروا ضامنين [شرعًا][5] حفظ المحلَّة عن القتل فيها، فإذا لم يحفظوا ضمنوا بترك الحفظ صيانةً للدَّم عن الهدر.

ولا يلزم إذا ظهر القاتل؛ لأنَّ القتل مضافٌ إلىٰ فاعله، وعاقلته أقرب إليه

---

[1] ما بين [ ] ليس في «ص».

[2] «أ» «ن» (يوجد)، والمثبت من «ص».

[3] «أ» «ن» (واتِّحادًا)، والمثبت من «ص».

[4] «أ» (مثل العذر والخطأ).

[5] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

من أهل المحلَّة ، وأشدُّ تناصرًا ، فصاروا أولىٰ بالحمالة ، وهذا الضَّمان لم يثبت إفصاحًا ، وإنَّما استخرجناه من ضمان العاقلة ، وهم إنَّما ضمنوا حال خوف هدر الدَّم بعفوٍ وقع عن المباشر ، فكذلك في حقِّ أهل المحلَّة ، إنَّما نوجب حال خوف الهدر إذا لم نجد قاتلًا نُحيل إليه وإلىٰ عاقلته.

دلَّ عليه أنَّ التَّعليل تعدَّىٰ حكم الأصل إلىٰ الفرع ، ولا يرفعه عن الأصل ، والأصل هم العاقلة ، فلا يرتفع الضَّمان عنهم بالتَّعليل ، ولا ينتقل إلىٰ أهل المحلَّة ؛ ولكن عند عدمهم يتعدَّىٰ حكم الأصل إليهم. وإليه أشار عمر حيث قال: «حقنتم دماءكم بأيمانكم فبم يهدر دم امرئ مسلم؟ وقال: أغرمكم الدِّية لوجود القتيل بين أظهركم» أي: لما لم يحفظوه ، حتَّىٰ قُتل اكتفىٰ به سببًا لصيانة الدَّم عن الهدر ، ولهذا أوجبت القسامة أوَّلًا لبيان المباشر ، فإنَّ ضمان المباشرة فوق ضمان السَّبب ، فثبت أنَّ باب الدِّماء مخصوصٌ عن الأموال بتعظيم شأنها ، فلم يجز اعتبارها بالمال.

فأمَّا الجواب عن حديث **سهل** فإنَّه حجَّتنا ؛ فإنَّه كتب إليهم: «**إمَّا أن تدُوا ، وإمَّا أن تأذنوا بحربٍ من الله ورسوله**» ، من غير بيِّنة ، ولا يمين المدَّعي.

ولأنَّه ودَىٰ من عند نفسه ، ولو هدر بغير يمينٍ لما ضمنه رسول الله ، وتجوز الحمالة عن أهل الذِّمَّة ، فإنَّ قضاء دين الغير برٌّ إليه ، وأهل الذِّمَّة من أهل البرِّ لهم حتَّىٰ جاز عندنا صرف الكفَّارات إليهم ، ويجوز من مال الزَّكاة علىٰ سبيل الاستقراض علىٰ بيت[١] المال الذي فيه الأموال المجهولة[٢].

[١] «أ» «ن» (ثبت) ، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (المجهول) ، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

علىٰ أنَّه ضعيفٌ في متنه؛ لأنَّه قال: «تبرِّئكم اليهود بأيمانها»، ولم يكن لهم شيءٌ فيبرؤون.

والثَّاني: أنَّه قال للمدَّعي: أتحلف؟ مع قول المدَّعي: «أرىٰ [أنَّ][١] اليهود قتلته»، ولم يقل: أعلم، والقاضي لا يحلِّف إنسانًا كذبًا بحالٍ إذا أخبر أنَّه جهل أمرًا لا يحلِّفه علىٰ كونه، فيكون دعاءً إلىٰ حرامٍ.

وكذلك في إسناده ضعفٌ فقد روىٰ محمَّد بن إسحاق صاحب[٢] المغازي عن محمَّد بن إبراهيم التيمي عن عبد الرحمن بن بجيد القرظي قال محمَّد بن إبراهيم: وما كان عبد الرحمن بدون سهل، ولقد سمعته يقول: والله ما كان هذا الشَّأن، ما كان رسول الله ﷺ يحلفهم علىٰ أمرٍ لم يشاهدوا، وكان وهمًا من سهل؛ ولكن كتب رسول الله ﷺ إلىٰ اليهود «إمَّا أن تدُوا، وإمَّا أن تأذنوا بحرب من الله ورسوله...»(٣) إلىٰ آخره.

وعن عمرو بن شعيب أنَّ سهلًا أوهم في هذا الحديث.

وعن يحيىٰ بن سعيد عن بشير بن يسار عن سهل بن أبي حثمة أنَّ أولياء القتيل خاصموا إلىٰ رسول الله ﷺ فقال رسول الله: «يحلف لكم اليهود خمسين يمينًا بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلًا، ثمَّ يغرمون الدِّية» فقالوا: لا نرضىٰ بأيمان قومٍ كفَّار فكتب إليهم... الخبر إلىٰ آخره...(٤) فهذه الرِّواية حجَّة لنا ودفع للأولىٰ.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ن» (صاب).

(٣) انظر: «شرح مشكل الآثار» (١١/٥١٨، رقم: ٤٥٨٦).

(٤) رواه الطحاوي في «شرح مشكل الآثار» (١١/٥٢٢، رقم: ٤٥٨٧). عن يحيىٰ بن سعيد، عن بشير بن يسار، أنه أخبره: أن عبد الله بن سهل الأنصاري ومحيصة بن مسعود خرجا إلىٰ خيبر،=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأنَّ أحدًا من الصَّحابة لم يعمل بهذا الحديث، ولا جرت المحاجَّة به، فثبت أنَّه ساقطٌ.

علىٰ أنَّ الخبر ليس بحجَّةٍ؛ لأنَّ قوله: «أتحلفون؟» استفهام، وقوله: «وتستحقُّون» عطف عليه، كقولك: أعمرو وزيد هذان[1]؟ ألا ترىٰ أنَّ محلَّ «وتستحقُّون» رفع، وعلامته النُّون، كما كان المعطوف عليه رفعًا، ولو كان حكمًا للأوَّل وأراد الاستحقاق باليمين لقال: أتحلفون فتستحقُّوا دم صاحبكم، أتدخل الدَّار، فتبصر الأمير إذا أريد به التَّعليق، وإذا أريد به الاستفهام قيل: أتدخل الدَّار وتجلس فيها؟ أي: أتجلس بعد الدُّخول؟ والاستفهام ـ في اللُّغة ـ استخبارٌ عن فعله أتفعله أم لا، وليس ببيان أنَّه يجوز له ذلك ويحلُّ، فإنَّه يحتمل طلب الفعل وتحقيقه، ومعنىٰ الزَّجر والتَّوبيخ؛ كقول إبراهيم: ﴿أَتَعۡبُدُونَ مَا تَنۡحِتُونَ﴾ [الصافات: ٩٥].

علىٰ أنَّ الحالة دلَّت علىٰ الزَّجر؛ فإنَّه في روايةٍ أوجب القسامة والدِّية علىٰ اليهود أوَّلًا، فقالوا: لا نرضىٰ بأيمان قومٍ كفَّار، فقال لهم النَّبي ﷺ: إن لم ترضوا بهذا وهو الحقُّ أتحلفون وتستحقُّون بحلفكم علىٰ أمرٍ لم تشاهدوا، أي لم تعلموا

= فتفرقا في حوائجهما، فقتل عبد الله بن سهل، فبلغ محيصة، فأتىٰ هو وأخوه حويصة، وعبد الرحمن بن سهل إلىٰ رسول الله ﷺ، فذهب عبد الرحمن ليتكلم لمكانه من أخيه، فقال رسول الله ﷺ: «كبر كبر» فتكلم حويصة، ومحيصة، فذكرا شأن عبد الله بن سهل، فقال لهم رسول الله ﷺ: «تحلفون خمسين يمينا، وتستحقون قاتلكم أو صاحبكم؟» قالوا: يا رسول الله، لم نشهد ولم نحضر، قال رسول الله ﷺ: «أفتبرئكم يهود بخمسين يمينا؟» قالوا: يا رسول الله كيف نقبل أيمان قوم كفار؟ قال مالك: قال يحيىٰ بن سعيد: فزعم بشير أن رسول الله ﷺ وداه من عنده هكذا روىٰ مالك هذا الحديث عن بشير ولم يتجاوزه إلىٰ غيره، وقد رواه غيره فتجاوز به إلىٰ سهل بن أبي حثمة.

[1] «أ» (زيد وعمرو هذان)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بالحقِّ أتأخذون المال بالباطل، كقول الله: ﴿أَتُتْرَكُونَ فِي مَا هَٰهُنَآ ءَامِنِينَ﴾ [الشُّعراء: ١٤٦].

وأمَّا وجوب القود باليمين فلا وجه له، وهو أمرٌ جاهليٌّ؛ كما قاله ابن عمر؛ لأنَّه لا يثبت بشهادة رجلٍ وامرأتين، وهذه الشَّهادة أقوىٰ من يمين المدَّعي بلا إشكالٍ، فإنَّها حجَّة في الأموال [في][1] كلِّ حالٍ بالإجماع، واليمين حجَّة بعد النُّكول، وعند عدم البيِّنة، وفيها خلافٌ.

[١٣٦٣] مسألةٌ: إذا وجد قتيل في محلَّة، وادَّعىٰ الوليُّ علىٰ غيرهم، وشهد اثنان من أهل المحلَّة= لم تُقبل [شهادتهما][1] عند أبي حنيفة.

وعندهما: تُقبل.

وإنَّه يبتنىٰ علىٰ أصلٍ؛ وهو أنَّ من ثبت خصمًا في شيءٍ، ثمَّ شهد بعد ما خرج عن الخصومة فيه بعينه لم تُقبل لبقاء شبهة الخصومة، ومن كان يعرض أن يصير خصمًا، فبطلت العرضيَّة، فشهد= قُبلت لعدم الشُّبهة.

فهما يقولان: إنَّما يصير أهل المحلَّة خصمًا بالدَّعوىٰ [عليهم][1]؛ لأنَّ الدِّية تلزمهم عند عدم المباشر، والحال محتملة قبل الدَّعوىٰ بأن يكون الوليُّ يعلم مباشرًا غيرهم، فلا يكون الوجود فيهم سبب الوجوب عليهم، ويُحتمل أنَّه جاهلٌ بالمباشر، فصار الوجود[2] [فيهم][3] سببًا، وصاروا خصماء بزوال[4]

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[2] «أ» (وصار الوجوب).
[3] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[4] «ص» (لا يزول).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الاحتمال إلَّا بالدَّعوى، فإذا ادَّعى عليهم صاروا خصماء، وإذا ادَّعى على غيرهم تبيَّن أنَّهم لم يكونوا خصماء، ولا كان عليهم شيءٌ، وإنَّما كانوا بعرض [ذلك][١]، فتصحُّ شهادتهم.

كالشَّفيعين إذا شهدا على المشتري بالشِّراء، وهما لا يطلبان الشُّفعة قبلت؛ لأنَّهما ما صارا خصمًا بالشِّراء؛ بل صارا بعرض ذلك بأن يطلبوا.

وكذلك الوارثان إذا شهدا بالدَّين على الميِّت ـ وثَمَّ وارثٌ ثالثٌ ـ، ولم يطلبا الميراث= قُبلت الشَّهادة؛ لأنَّ الوارث مع الدَّين لا يصير خصمًا بنفس الموت، فإنَّ الدَّين يقدم[٢] عليه؛ ولكنَّه يعرض أن يصير خصمًا بالطَّلب، فله القضاء من موضعٍ آخر، فإذا لم يطلب لم يصر خصمًا.

وكذلك الوكيلان بالخصومة إذا عزلا قبل الخصومة، ثمَّ شهدا بذلك قُبلت؛ لأنَّ الوكيل بالخصومة إنَّما يصير خصمًا بمكان القضاء؛ لأنَّه لا يصحُّ في غيره، فصارت الوكالة مقيَّدةً بالمكان، فلا تثبت قبله؛ كما لو وقِّت بزمانٍ.

وأبو حنيفة يقول: بوجود القتيل بينهم يصيرون خصماء؛ لأنَّ عدم المباشر ثابتٌ ظاهرًا، ثمَّ يبرؤون عنها بدعوى الوليِّ على غيرهم؛ كما لو ادَّعى عليهم، ثمَّ ادَّعى على غيرهم، فإنَّهم يبرَّؤون.

وكالوصيِّ عن اليتيم خصم في حقوقه، وإن لم يخاصم لقيامه مقام اليتيم شرعًا في حقوقه، فلو بلغ اليتيم فشهد [الوصيُّ][٣] لم تقبل، فما قاله أبو حنيفة

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «ن» (بعدم)، ولم تضبط في «أ».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

أظهر، وما قالاه أحقُّ، والله أعلم.

|١٣٦٤| **مسألةٌ**: إذا وُجد الرَّجل قتيلًا في دار نفسه كانت الدِّية كلّها علىٰ عاقلته، ولا قسامة عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: الدَّم هدرٌ؛ لأنَّه لا ولاية حفظٍ لأحدٍ مع المالك، وبترك الحفظ الواجب يجب الضَّمان، وذلك علىٰ المالك الذي اختصَّ بالولاية؛ فيصير كأنَّه سببٌ لقتله فيهدر، بمنزلة المكاتب يوجد قتيلًا في دار نفسه؛ لأنَّ ولاية المولىٰ تنقطع عن الدَّار بالكتابة، ولهذا لم تجب القسامة.

بخلاف واحدٍ من أهل المحلَّة يوجد قتيلًا فيها وجبت الدِّية علىٰ سائرهم، وكذلك القسامة؛ لأنَّ لسائرهم ولاية الحفظ، فصار ضمان الحفظ عليهم جميعًا، وصار التَّرك سبب ضمانٍ، ثمَّ القتيل في نفسه لا ينسب إلىٰ ترك الحفظ في حقِّ نفسه علىٰ ما عليه جبلَّة[١] [العقلاء][٢]؛ بل الأحياء، فاختصَّ الباقون بالضَّمان.

ولا يلزم العبد المأذون المديون وجد قتيلًا في داره، فإنَّ المولىٰ يضمن الأقلَّ من قيمته ومن الدَّين؛ لأنَّ الولاية لا تنقطع بالدَّين، فله أن يخلص الدَّار لنفسه بقضاء الدَّين إن شاء، فصار الحفظ عليه، فصار مسبِّبًا لإتلافه بترك الحفظ.

ولأبي حنيفة: أنَّ الحرَّ إذا وجد قتيلًا في دار نفسه لم يجز أن يجعل قتيلًا بسبب أنَّه ترك حفظ نفسه؛ ولأنَّ هذا الاعتبار يهدر دمه.

وإنَّما اعتبرناه إذا وجد غيره قتيلًا فيه لئلَّا يهدر دم القتيل ما أمكن، فإذا

[١] «أ» «ن» (حيلة)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أدّىٰ هذا الاعتبار إلىٰ الهدر لم يُعتبر، فسبيل الدَّم أن لا يهدر ما أمكن علىٰ ما مرَّ.

ولأنَّ الإنسان في العادة لا يدع حفظ نفسه عن القتل بقدر الممكن؛ بل يحفظه، وإذا كان كذلك قلنا: إنَّما صار قتيلًا؛ لأنَّ عاقلته لم يحفظوه، والشَّرع جعلهم جميعًا كنفسٍ واحدةٍ في حقِّ القتل دفعًا وإيجادًا[1] ـ علىٰ ما مرَّ في أهل المحلَّة ـ وأقام ترك الحفظ عند عدم المباشرة أو العذر في التزام الضَّمان مقام المباشرة.

فإذا كان كذلك لزمهم [الضَّمان][2] لتركهم الحفظ دونه؛ كالواحد من أهل المحلَّة يوجد قتيلًا في المحلَّة، وتبيَّن أنَّ لهم ولاية الحفظ عن القتل في ملك كلِّ واحدٍ من جملة العاقلة بحقِّ اتِّحاد النَّفسيَّة في هذا الباب، لا بملك الدَّار، وإن انقطعت الولاية في سائر الأبواب، بخلاف المكاتب؛ لأنَّه لا عاقلة له.

وكذلك العبد لا عاقلة له بالقرابة، فاعتبر وجوب حفظه بيد الملك، فاختصَّ به المالك علىٰ ما قاله أبو يوسف ومحمَّد؛ إلَّا أنَّه لا قسامة عليهم؛ لأنَّها تجب لنفي مباشرة القتل، والعلم والعاقلة لا يلحقهم تهمة المباشرة في دار القتيل من طريق الظَّاهر، ولا العلم بها لانقطاع الولاية، فأمَّا أهل المحلَّة فتلحقهم تلك التُّهمة ظاهرًا لقيام الولاية عليها وكون المحلَّة تحت تصرُّفهم.

|١٣٦٥| **مسألةٌ:** إذا كان في المحلَّة أصحاب خِطَّة(٣) ومشترون، كانت الدِّية والقسامة علىٰ أصحاب الخِطَّة عند أبي حنيفة ومحمَّد.

---

[١] «أ» «ن» (واتحادًا)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] الخِطَّة المكان المختطّ لبناء دار وغير ذلك من العمارات، وقولهم: مسجد الخِطَّة، يراد به ما خَطَّه الإمام حين فتح البلدة وقسمها بين الغانمين. انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ١٤٨).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وقال أبو يوسف: عليهم جميعًا؛ لأنَّ الولاية بالملك، وقد استووا فيه، وبالولاية يصيرون ضامنين للحفظ على ما مرَّ.

ولهما: أنَّ العادة جاريةٌ في أنَّ أهل الخطَّة لا يدعون الغريب للتَّدبير في باب المحلَّة؛ بل يختصُّ به أهل الخطَّة. والشَّرع [ما][١] ردَّ هذا لما فيه من الصَّلاح العاجل إذا كان صاحب الخطَّة صالحًا كالغريب.

ولمَّا اختصُّوا بولاية التَّدبير كان ضمان الحفظ عليهم دون المشترين[٢]، وصار المشترون[٣] كالأضياف والمسافرين.

|١٣٦٦| **مسألةٌ:** وإذا كان في المحلَّة مشترون وسكَّان، كانت القسامة على المشترين، وكذلك الدِّية عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: عليهم جميعًا.

واضطرب قول محمَّد.

أمَّا أبو يوسف فإنَّه يقول: السَّاكن بملكٍ وغير ملكٍ إذا وطَّن نفسه على الإقامة اشتغل[٤] بصلاح المحلَّة وشرع فيها عادةً وشرعًا؛ كالذي اشترى الدَّار وقام السَّاكن مقام مالك الدَّار التي يسكنها، فصار الضَّمان عليهم جميعًا.

وأبو حنيفة يقول: المالك يصير أصليًّا بعد صاحب الخطَّة؛ لأنَّ الدَّار

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (المشتري)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (المشتري).
[٤] «ن» (استغل).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

تُشترىٰ للدَّوام عادةً ، وأمَّا السَّاكن فوطنه به عادةً عاريةً ؛ لأنَّ الدَّار لا تُستعار ولا تُستأجر للدَّوام عادةً .

واضطرب قول محمَّد ؛ لأنَّه من حيث إنَّهم غرباء لم ير بعضهم لنفسه فضلًا في باب التَّدبير ، ومن حيث إنَّ الملاك أصول احتمل أن يكونوا أوْلىٰ .

|١٣٦٧| **مسألةٌ:** إذا اشترىٰ الرَّجل دارًا ، ثمَّ وجد فيها قتيل كانت الدِّية علىٰ عواقل صاحب اليد أيُّهما كان ، باتًّا كان الشِّراء ، أو بشرط خيار .

وقال صاحباه: علىٰ من يؤول الملك إليه .

لأنَّ الحفظ في هذا الباب مبنيٌّ علىٰ ولاية الملك ، والسَّبب متميل[١] إذا كان فيه خيار ، فتُوقِّف فيه إلىٰ أن يزول التَّميل[١] بالقرار علىٰ واحدٍ منهما ؛ كما قيل في صدقة الفطر عن العبد المشترىٰ بخيار .

وأبو حنيفة يقول: إنَّ الحفظ يكون بالأيدي ، دون الملك وحده ، فبنىٰ الأمرَ علىٰ قيام يد الملك ، فإن كان قبل القبض فالضَّمان علىٰ البائع في الأحوال كلِّها ؛ لأنَّ يده اليد التي كانت قبل البيع ، لا يد تجدَّدت ، والبيع يزيل الملك دون اليد .

ولهذا لا يثبت للمشتري قبل القبض ولاية التَّصرُّف الذي يبتنىٰ علىٰ يد الملك ، والاستبراء يجب بالقبض ، وإذا بقيت للبائع يد الملك بقي ضمان الحفظ ، وإذا سلَّم إلىٰ المشتري فقد[٢] نقلها إليه [ملك][٣] أم لا ؛ لأنَّه يقبض

[١] لم تضبط في النسخ .
[٢] «أ» «ن» (بعد) ، والمثبت من «ص» .
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

بحقِّ الشِّراء فتكون يد المشتري ثابتةً[١]، وإن تأخَّر الملك. كالبيع الذي هو سبب ملك الرَّقبة يثبت مع الخيار وإن تأخَّر الملك، فكذلك اليد التي هي سبب ملك التَّصرُّف، وإذا صارت[٢] اليد للمشتري سقط الحفظ عن البائع إليه.

بخلاف صدقة الفطر، فإنَّها تجب بسبب مؤنة الرَّأس بالولاية على الرَّأس، وتلك الولاية تثبت بالملك لا باليد، فيعتبر مآل الملك، إنَّما الحفظ يكون بالأيدي، والملك مقدِّمتها، فينفذ منه تصرُّف الحفظ.

|١٣٦٨| مسألةٌ: قال محمَّد: المرأة إذا وُجد في دارها قتيل كانت كالرَّجل.

لأنَّها من أهل اليمين والحفظ.

وقال أبو يوسف آخرًا: لا قسامة عليها؛ بل على أقرب القبائل منها.

لأنَّ القسامة لنفي مباشرة القتل، وهي ليست بأهلٍ للقتال، فلا يلحقها تهمة المباشرة، فأمَّا الدِّية فتجب بترك الحفظ، وعليها حفظ دارها بأهلها، والله أعلم.

[١] «أ» «ن» (الشراء ثابتا)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (صار)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ
دية ما دون النَّفس

|١٣٦٩| **مسألةٌ**: قال علماؤنا: الأرش المقدَّر لما دون النَّفس يجب للمرأة نصف ما يجب للرَّجل.

وقال مالك: تساوي المرأة الرَّجل إلى ثلث دية النَّفس، وتعود إلى النِّصف بعد ذلك(١)، وهو أحد قولي الشَّافعي(٢)، وهو مذهب زيد بن ثابت(٣).

وسأل ربيعة الرَّأي سعيد بن المسيِّب عن المرأة قطعت إصبع منها؟ فقال: فيها عشرٌ من الإبل، قال: فإن قطعت أصبعان، قال: فيها عشرون، قال: فإن قطعت ثلاثة منها؟ قال: فيها ثلاثون، قال: فإن قطعت أربعة؟ قال: فيها عشرون، قال ربيعة: سبحان الله لمَّا اشتدَّ ألمها وعظم مصابها انتقص أرشها! فقال سعيد: أعراقيٌّ[٤] أنت؟ فقال: لا؛ بل جاهلٌ مسترشد، أو عالمٌ متثبِّت، فقال: السُّنة يا ابن أخي(٥).

ولأنَّها بالإجماع تساوي الرَّجل في قليل الأرش، وتفارقه في الكثير، فجعل الحدَّ الفاصل بالثُّلث.

وإمامنا في المسألة عليّ ﷺ، وأقوال عليّ بالكوفة كانت مشهورةً بين

(١) انظر: «المدونة» (٥٦٧/٤)، و«الجامع لمسائل المدونة» (٦٠٠/٢٣).
(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٣٢٩/٧)، و«الحاوي الكبير» (٢٩٠/١٢).
(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٣٢٩/٧)
[٤] «أ» (أعرابي)، والمثبت من «ن» و«ص».
(٥) انظر: «الأم» للشافعي (٣٢٩/٧)، و«مختصر اختلاف العلماء» (١٠٥/٥).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

علمائها(١) ؛ لأنَّه كان بها ، فلا ترد بقول زيد بن ثابت ، وما رُوي عنه غريب غير مشهور.

والقياس الصَّحيح معنا ؛ لأنَّ الموجب يزداد بقطع الأربع ، فلا يجوز أن ينتقص الوجوب.

وإنَّما قلنا: ازداد الموجب ؛ لأنَّ الأرش يجب بدلًا عن الإصبع الفائت ، وازداد فوات الإصبع.

ولا يلزم من شجَّ رجلًا موضحةً ، ثمَّ شجَّ أخرىٰ بجنبها= يجب أرش موضحتين[٢] ، ولو شجَّ أكثر من ذلك بضربةٍ واحدةٍ يجب أرش موضحةٍ ، وقد ازداد الجرح.

لأنَّ المذهب عندنا المسطور في الدِّيات أنَّ من شجَّ آخر موضحةً ، ثمَّ شجَّ أخرىٰ وجب أرش موضحتين ، اتَّصلت بالأولىٰ ، أو لم تتصل. ولو أمرَّ السِّكِّين حتَّىٰ وسَّع الشَّجَّة الأولىٰ وجب أرش موضحةٍ ؛ لأنَّ الإمداد في ذلك ليس له حكم ابتداء الضَّربة ؛ بل توسيعٌ للأولىٰ فلم يجب به حكم الشَّجَّة. وإذا رفع السِّكِّين ، ثمَّ ضرب جاءت شجَّة أخرىٰ.

وهذا كمن وطئ امرأةً بشبهةٍ ، وأطال الفعل= يجب عُقرٌ واحدٌ ، ولو أخرج ثمَّ أولج يجب عُقران ، ولو حلف كلَّما جامعها فعبدٌ من عبيده حرٌّ= لم يُعتق بالذي أطال في مأتاه[٣] إلَّا عبدٌ واحدٌ ، وعتق بالآخر عبدان.

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٨٠٦٩) ، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٦٣٠٨) عن الشعبي: «أن عليا رضي الله عنه كان يقول: جراحات النساء علىٰ النصف من دية الرجل فيما قل وكثر».

[٢] «أ» (موضحين) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (ما أتاه) ، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فالموجب لأرش الموضحة فعل الشَّجَّة، ولم يزدد الفعل بالإمداد ـ على ما قلنا ـ فلم يزدد الوجوب. وههنا قطع أربع أصابع بأربع قطعاتٍ على أنَّ السَّبب ههنا قطع الإصبع، وبقطع السَّبَّابة لا يزداد قطع الإبهام، لأنَّه عضو آخر غيره وبالإمداد تزداد الشَّجَّة الأولى، فإنَّ محلَّها الرَّأس، وهو محلٌّ واحدٌ، ومن التَّفعيل الفعل واحدٌ، فبقي واحدًا، وفي مسألة الإصبع من حيث المحلِّ هما عضوان، فصار الفعل فعلين، وإن اتَّحد من جانب الفاعل. كمن ضرب بسيفه يدين، فقطعهما معًا، [أو نفسين فقتلهما معًا][1]، أو أصاب قنديلين، فكسرهما معًا.

وأمَّا حديث ابن المسيِّب؛ فمطلق السُّنة قد ينصرف إلى القياس، وينصرف إلى قول الصَّحابي على ما بيَّنَّا في أصول الفقه.

ولأنَّ ضمان النَّفس يجب على النِّصف وضمان المال لا يتنصَّف لها، ثمَّ الأروش المقدَّرة أشبه بضمان النَّفس منه بضمان الأموال، فإنَّ ضمان الأموال لا يجب مقدَّرًا شرعًا؛ بل بقدر أوصاف المال أو القيمة في الغلاء والرُّخص. وحكومة العدل أشبه بضمان المال؛ لأنَّه غير مقدَّر بنفسه شرعًا؛ بل فُوِّض إلى اجتهاد المجتهدين في بيان ذلك.

|١٣٧٠| مسألةٌ: ولهذا جعلنا المقدَّر على العاقلة؛ لأنَّه مشبه بضمان النَّفس، ولم نجعل حكومة المعدَّل على العاقلة؛ لأنَّه مشبه نجعل حكومة العدل على العاقلة؛ لأنَّه مشبه بضمان المال، والله أعلم.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣٧١| مسألةٌ: إذا قطع رجلٌ يد رجلٍ من نصف السَّاعد، وجبت دية اليد، وحكومة عدل في السَّاعد.

وقال زفر: لا تجب الحكومة، ورُوي ذلك عن أبي يوسف.

لما رُوي عن النَّبي ﷺ: «في اليدين الدِّية، وفي اليد نصف الدِّية»(١).

والدِّية اسمٌ لثلاثة أقسام: الكفُّ والسَّاعد والذِّراع.

وعن نمران بن جارية[٢] أنَّ رجلًا قطع يد رجلٍ من نصف السَّاعد فأوجب النَّبي ﷺ نصف الدِّية(٣).

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٧٦٧٨)، وابن أبي شيبة (٢٧٣٣٦)، وأبو داود في «المراسيل» (١/٢١١، رقم: ٢٥٧)، البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٦١٨٩) عن معمر، عن الزهري، أن رسول الله ﷺ: «قضىٰ في اليدين بالدية، وفي الرجلين بالدية».
ورویٰ مالك في الموطإ (٥/١٢٤٣، رقم: ٦٤٩)، والنسائي (٤٨٥٣) عن عبد الله بن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، أن في الكتاب الذي كتبه رسول الله ﷺ لعمرو بن حزم ــ في العقول ــ: «أن في النفس مائة من الإبل. وفي الأنف، إذا أوعي جدعا مائة من الإبل. وفي المأمومة ثلث الدية وفي الجائفة مثلها. وفي العين خمسون. وفي اليد خمسون. وفي الرجل خمسون. وفي كل أصبع مما هنالك. عشر من الإبل. وفي السن خمس. وفي الموضحة خمس».

[٢] «أ» (أبي حارثة)، و«ن» (ابن أبي جارية)، «ص» (نمران بن حارثة). والمثبت موافق لما في الأصول الحديثية.

(٣) رواه ابن ماجه (٢٦٣٦)، والبيهقي في «الكبرىٰ» (١٦١٠٢) عن نمران بن جارية، عن أبيه: «أن رجلا ضرب رجلا علىٰ ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل، فاستعدىٰ عليه النبي ﷺ، فأمر له بالدية فقال: يا رسول الله، إني أريد القصاص فقال: «خذ الدية بارك الله لك فيها» ولم يقض له بالقصاص».
وفي رواية البزار (٩/٢٥١، رقم: ٣٧٩٢): «أن رجلا، ضرب رجلا بسيف علىٰ ساعده فقطعها فاستعد عليه النبي ﷺ فأمر له به بالدية فقال: أريد القصاص، قال: «خذ الدية بارك الله لك فيها فلم يقض له بالقصاص». =

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأنَّ هذه الأقسام في حقِّ اليد كالكفِّ مع الأصابع في حقِّ قسم الكفِّ. ولو أنَّ رجلًا قطع الأصابع لزمته دية الكفِّ، فإن برأ وقطع الكفَّ بعده لزمته حكومة عدلٍ، ولو قطع الكفَّ كلَّه لم يجب إلَّا ما يجب في الأصابع، وبطلت الحكومة، فكذلك سائر الأقسام في حقِّ اليد.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ المراد باليد المقوَّمة بنصف الدِّية اليد إلى الرّسغ شرعًا وعقلًا.

أمَّا الشَّرع؛ فلأنَّ نصف الدِّية يجب به وما وجب إلَّا بالمقطوع وبدلًا عنه، وما للمقطوع اسمٌ غير اسم اليد. ألا ترى أنَّ حدَّ السَّرقة يتأدَّى بقطعه، والله تعالى علَّقه بقطع اليد، ولو كانت اليد المقوَّمة بنصف الدِّية اليد إلى الإبط لانتقص بعض الدِّية بعدم[١] بعض الأجزاء منه، على ما مرَّ القول في الأطراف. ألا ترى أنَّ الدِّية تنتقص بفوات بعض الأصابع؛ لأنَّ التَّقويم وقع باليد مع الإصبع.

بخلاف ما لو قطع الأصابع وحدها وجب نصف الدِّية، ثمَّ لا يجب بالكفِّ شيءٌ زائدٌ إذا قطع مع الأصابع لأنَّا نوجب بقطع الأصابع بدلًا عن الأصابع؛ لا عن اليد، وما للأصابع اسم اليد[٢]، ولا يتأدَّى بها حكم معلَّق باليد شرعًا، فهي أطراف اليد، وقد تبلغ دية الطَّرف دية الأصل؛ كما في أطراف النَّفس.

ولأنَّ حياة الكفِّ معنى ببطشه كحياة العين ببصره، فإذا قطع الأصابع فقد أفات[٣] الكفَّ منفعةً؛ كما إذا أذهب نور العين مع قيام الصُّورة، فتكمل الدِّية

= قال العقيلي في «الضعفاء الكبير» (٢/٤٣): «لا يتابع عليه ولا يعرف إلا عنه».

[١] «أ» (لعدم)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» (لليد)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (أمات)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بالإتلاف منفعةً ومعنىٰ؛ ولكنَّ الحياة الطبيعيَّة لمَّا كانت باقيةً للصُّورة وجبت حكومة العدل بإفاتتها بعد البُرء عن الأوَّل؛ لا أنَّ العين مع البصر عضوان؛ بل هما عضوٌ واحدٌ يجب بإفاتة الكلِّ بدلٌ واحدٌ؛ ولكن ربَّما يلتحقان بحكم عضوين بانفصال الحياتين، أعني حياة منفعةٍ وحياة حقيقةٍ. وكذلك المُحرم يقطع يد صيدٍ، فيضمن كمال القيمة[١] بإتلاف حكميٍّ، فلو برأ الصَّيد، ثمَّ أتلفه ضمن ثانيًا بإتلاف حقيقيٍّ.

وأمَّا الفعل فلأن تقوُّم أطراف الحرِّ[٢] بمنفعتها وجمالها ـ علىٰ ما سبق القول فيه ـ، ومنفعة اليد وجمالها بالكفِّ إلىٰ الرُّسغ؛ لأنَّ المنفعة في البطش والعمل، وكلاهما بالأصابع. وكذلك الجمال مشاهدٌ بها، والعيون تنفر عن السَّاعد المقطوع؛ إلَّا أنَّ الكفَّ أصل الأصابع ومنبتها، فعروق الأصابع وأصولها فيها ظاهرةٌ والمنتهىٰ بالرُّسغ، فبين الرُّسغ [والسَّاعد وصل باللَّحم والجلد والعروق، والعظمان متباينان، وإذا كان كذلك اقتصرت القيمة علىٰ ما وراء الرُّسغ][٣]، وصار السَّاعد في حقِّ التقويم[٤] عضوًا آخر، فيجب تقويمه علىٰ حدةٍ وإن قطع بضربةٍ واحدةٍ؛ كما إذا قطع مع اليد شيءٌ من الكتف والصَّدر.

بخلاف ما إذا مات منه؛ لأنَّ العبرة حينئذٍ تصير للنَّفس، فيصير ما دونها تبعًا لها تلفًا، فلا يجب ضمانها.

ولا يلزم إذا شجَّ رجلًا موضحةً، فتناثر منه شعر رأسه وجبت الدِّية لا غير،

---

[١] «أ» «ن» (الدية)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (الجز)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ن» (التقوم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والشَّجَّة غير تناثر الشَّعر ؛ لأنَّ تناثر الشَّعر يكون بفساد المنبت ، وإنَّه موتٌ للمنبت معنىٰ ، والشَّجَّة إتلافٌ للمنبت حقيقة ، فإذا حصلا بضربةٍ واحدةٍ لم يجب إلَّا أرش واحدٌ ؛ كفقوء العين من الأصل.

وأمَّا حديث نمران بن جارية[1] فغريب ، والقياس أولىٰ منه عندنا ، أو تأويله أنَّ الدِّية كانت من الإبل في الصَّدر الأوَّل ، فكان الضَّارب لم يجد الإبل فقوَّمت بالدَّراهم فبلغت خمسة آلافٍ مع أرش السَّاعد ، والله أعلم.

|١٣٧٢| **مسألةٌ**: إذا قطع الكفَّ وعليها إصبعٌ واحدٌ وجب أرش الإصبع دون الكفِّ عند أبي حنيفة.

وقال محمَّد: ينظر إلىٰ أرش الإصبع وأرش الكفِّ ، فيدخل الأقلُّ في الأكثر ، وهو قول أبي يوسف الآخر في ظاهر الرِّواية.

وقال زفر: ينظر إلىٰ أرش الإصبع وأصله من الكفِّ ، وإلىٰ أرش الباقي من الكفِّ ، ثمَّ يدخل الأقلُّ في الأكثر.

وقال أبو يوسف: أوَّلًا يجب أرش الإصبع وحكومة عدلٍ في الكفِّ وراء أصل الإصبع الباقي ، ثمَّ رجع إلىٰ قول محمَّد.

وجه قوله الأوَّل ما ذكرنا أنَّ حياة الكفِّ معنىٰ بالإصبع ، فيكون قدر أصل الإصبع الباقي حيًّا بإصبعه ، وقد قطع جملةً ، فيجب أرشها ، ويجب في الزِّيادة حكومة عدلٍ ؛ لأنَّها ليست بأصلٍ للإصبع ، فجرىٰ مجرىٰ السَّاعد.

[١] «أ» «ن» (ابن أبي جارية) ، «ص» (حارثة) ، والمثبت موافق لما في الأصول الحديثية.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ووجه قوله الآخر أنَّ حياة الكفِّ بالأصابع جملةً، وهي عضوٌ واحدٌ، فلا يجب تفصيله ولكن قيام الإصبع يدلُّ على حياة الكفِّ بقدره، ويوجب استتباع الكفِّ، وفوات أكثر الأصابع يدلُّ على هلاك الكفِّ حكمًا، واعتبار البقيَّة بحرمته ليس ببعيد على ما قلنا، ولا سبيل إلى الجمع بالإجماع؛ لأنَّ الشَّيء الواحد لا يُعتبر قائمًا وهالكًا، فرجَّحنا إحدى الحالتين على الأخرى بكثرة الأروش.

وزفر يقول: ما تحت الإصبع مُعتبرٌ [به][١]؛ كما لو بقي الكلُّ، وما وراءه معتبر بنفسه؛ كما لو قطعت الأصابع كلها، ولا سبيل إلى الجمع لما ذكرنا، فيرجَّح بالكثرة.

وأبو حنيفة يقول: التَّرجيح بكثرة الأروش ترجيح بمعنى العضو والتَّرجيح بالإصبع التي هي[٢] الأصل في باب الكفِّ - فإنَّ الكفَّ حيَّةٌ به - ترجيحٌ بعين اليد، فكان التَّرجيح بعين اليد أولى ما أمكن.

ولا يلزم إذا شجَّ رجلًا موضحةً، فتناثر منه بعض الشعر يجب في الشَّعر [حكومة عدل، ثمَّ يدخل الأقلُّ في الأكثر؛ لأنَّ الشَّعر - وإن تناثر كلُّه - فلا يصير الرَّأس بمنزلة الهالك حكمًا، فللرَّأس معانٍ ومنافع غير الشَّعر والشَّعر][٣] أحد معانيه، وبالشَّجَّة يهلك جزءٌ من الرَّأس حقيقةً، فصحَّ اعتبار الشَّجَّة مع تناثر الشَّعر لمَّا لم يكن تناثره إتلافًا، وهذا إتلافٌ في الأصل، ولم يصحَّ اعتبار الكفِّ على حدةٍ مع الأصابع إذا قطعت جملةً؛ لأنَّهما إتلافان، فيدخل المعنى في الحقيقة، وكانت الجناية واحدةً؛ لأنَّه تلف كلُّه.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (الذي هو)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولمَّا صحَّ اعتبار الشَّجَّة مع التَّناثر ـ كانتا جنايتين ولم يمكن الجمع بينهما؛ لأنَّ المحلَّ واحدٌ ـ اعتبرت التَّبعيَّة بالقلَّة والكثرة، وجعلت الجناية واحدةً بهذا الطَّريق، وفي الكفِّ لم يحتج إلىٰ هذا الطَّريق لتصير الجناية واحدة؛ بل هي واحدة لما ذكرنا أنَّ اليد إلىٰ الرُّسغ عضوٌ واحدٌ، [فتكون الجناية واحدةً][1] لصورة العضو، فيعتبر الاستتباع به، لا بالمعنىٰ؛ لكن الخصوم اعتبروها جنايتين في مسألتنا لتفرُّق الكفِّ في حقِّ الأصابع خلقةً، ثمَّ رأوا الكفَّ عضوًا واحدًا، فلم يمكنهم اعتبار جنايتين، فجعلوها كالشَّجَّة، وتناثر الشَّعر والله أعلم.

|١٣٧٣| **مسألةٌ**: في آلة الخصي، ولسان الأخرس ـ الذي لا ينطق بحرفٍ ـ حكومة عدلٍ.

وقال الشَّافعي: فيهما الدِّية كاملة(٢).

قال: لأنَّ أصل منفعة اللِّسان المنافع الطبيعيَّة مثل ما يكون للبهائم، والنُّطق منفعةٌ عقليَّةٌ كانت للِّسان بالتَّعلم، فلا يُعتبر بالقيمة كما لا يُعتبر الدِّين؛ وكما لا تعتبر الخياطة في قيمة اليد. وكذلك أصل منفعة الذَّكر أنَّه مجرىٰ البول والمذي والمني ومحبس البول، وملقي المني في الرَّحم بقوَّة الجماع، وهذه الصِّفات باقيةٌ، وإنَّما انسدَّ بالخصي طريق الماء إليه، فأمَّا لو وصل لجرىٰ وألقىٰ في الرَّحم.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) نص الشافعي في «الأم» (١٣٠/٦) علىٰ أن في ذكر الخصي الدية تامة، أما لسان الأخرس فقد نص علىٰ أن فيه حكومة. انظر: «الأم» للشافعي (١٢٩/٦)، و«مختصر المزني» (٣٥١/٨)، و«الحاوي الكبير» (٢٦٨/١٢).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهذا كما لا ينتقص دية اليد بالعمىٰ، وكثيرٌ من المنافع تفوت بالعمىٰ، وكذلك أرش السَّبَّابة لا ينتقص بفوات الإبهام وكثير من المنافع يفوت؛ لأنَّ منافعه الأصليَّة باقية، إنَّما ذهب ما كان يستغنىٰ[١] به من غيره. ألا ترىٰ أنَّ قطع الخصيتين لا يوجب حكومةً في الآلة، ولو أوجب نقصًا فيها لأوجب، كما إذا قطع اليد من نصف السَّاعد، أو شجَّ فتناثر بعض شعر الرَّأس.

ومنهم من يقول: إنَّما تكمل دية لسان الأخرس إذا لم يتكلَّم للصَّمم، لا لضعفٍ فيه، فأمَّا إذا لم يتكلَّم لضعفٍ فيه لا للصَّمم، وهو سميعٌ، فلا تكمل؛ كاليد الزَّمِن. وكذلك آلة الخصىٰ إنَّما يكمل فيها الدِّية إذا بقيت له قوَّة الجماع كما لغيره، ولكن لا ينزل لانسداد المجرىٰ، فأمَّا إذا فترت[٢] الآلة ففيها حكومة عدل.

ولنا: أنَّ لسان الأخرس ناقصٌ؛ لأنَّ الكلام منفعةٌ أصليَّةٌ للإنسان، حتَّىٰ قيل في حدِّ الآدمي: إنَّه حيٌّ ناطقٌ، وبالكلام ظهر فضل آدم بأن أنبأ الملائكة بالأسماء، وحتَّىٰ سمِّيت اللُّغة لسانًا.

وإنَّما يقدر[٣] علىٰ الكلام بقدرة علميَّة لا طبيعيَّة، فما يوجب فوت تلك القدرة ينقص معناه، فتنتقص قيمته؛ كالأرض قيمتها بمعنىٰ الإنبات، وهذه الحياة تكون بالماء، فانقطاع الماء يوجب نقصًا في قيمتها، وكالنَّهر منفعته بجريان الماء فيه ورقبة الأرض لمعنىٰ الجريان تشترىٰ بكثيرٍ وبانقطاع الماء تبطل القيمة أو تنتقص، فثبت أنَّ كثيرًا من الأعيان يكون كمال قيمتها في غيرها.

---

[١] «ص» (يستعين).

[٢] «أ» (افترق)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (يعذر)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

وكذلك الحبل من طريق الآلة منفعةٌ مقصودة أصليّة مبتغاة من الآلة، فبذلك قوام العالم، فتنتقص القيمة بانسداد الطّريق، والخروج من أن يكون مجرىٰ ذلك الماء؛ كما تنتقص قيمة النّهر بانقطاع الماء دونه.

علىٰ أنَّ الخصي لا بدَّ أن يوجب نقصانًا في قوّة الآلة ظاهر ذلك الأثر في الدّوابِّ، حتّىٰ أنَّ الخصي من الدّواب لا ينشط في الأنثىٰ مثل نشاط الفحل، والخصي من بني آدم مؤتمنٌ علىٰ الحرم[١] لانكسار نشاطه.

وينبغي أن يجب في قطع الأنثيين ديةً وحكومة عدلٍ في الآلة، وليس هذا كعمل الخياطة لليد، لأنَّه لا يصلح إلّا لاكتساب المال، واكتساب المال ما فيه شرفٌ دينًا ولا عرفًا، ليجعل ذلك العلم كمالًا لليد.

وكذلك بفوت الإبهام لا ينتقص قوّة السَّبّابة، وإنَّما ينتقص إقامة العمل، وذلك العمل حين كان يُقام ما كان يعدُّ شرفًا، فإنَّ أشرف الأعمال باليد الكتابة، وهي ليست بشرفٍ، ولو كان شرفًا لما حرم رسول الله ﷺ إنَّما الكتاب خُلْفٌ عن اللِّسان في حقِّ الغائب، فينجبر به نقصان فوت الكلام، فعلمت أنَّ الأصل هو الكلام والخطّ لولا قيامه مقام الكلام لما كان شرفًا.

فالكلام لِلِّسان جماله وشرفه[٢] كالعقل للقلب، ولا كذلك الحرف للأيدي.

وبالجمال تثبت قيم الأطراف؛ كما تثبت بالأجزاء[٣] كمال الصُّورة ـ علىٰ

---

[١] «أ» (الحرام)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (جمالها وشرفها)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (بالإحراز)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

ما نبيِّن بعد هذا ـ ؛ وهذا لأنَّ ابن آدم عظم شأنه ، وثبتت له القيمة[1] مالًا للمعاني المطلوبة من الإنسان دون معاني الأموال .

وجمال العلم هو الأصل ، وأصل العلم بالعقل ، ونشره وثمرته بالكلام ، فلم يجز إلغاء الكلام في باب الدِّية ؛ كما لم يجز إلغاء العقل ؛ بل يجب بذهاب العقل كمال الدِّية ، فلا أقلَّ في مسألتنا أن يكون لفوت الكلام بعض الدِّية ، والله أعلم .

|١٣٧٤| مسألةٌ: في اللِّحية كمال الدِّية عندنا ، وإمامنا علي ﷺ ، وكذلك: الحاجبان ، والأشفار ، وشعر رأس المرأة إذا حلقت ؛ فلم ينبت ، وكذلك الرَّجل .

وعند الشَّافعي: حكومة عدل(٢) .

لأنَّه جمالٌ للوجه زائدٌ .

وفي إيجاب الحكومة دليلٌ علىٰ أنَّ الفائت جمالٌ بالإجماع .

وكيف يشكل هذا الشَّأن ؟ والرَّجل يعاقب فتحلق لحيته ، ويسمج للعيون إذا شاخ ، ولم تنبت له لحية[3] ، وإنَّما عدمها يحسن حين الصِّبا ، ولهذا لم تكن في الجنَّة ؛ لأنَّهم علىٰ صورة الصِّبيان غضَّة .

ولا إشكال في أشفار العينين والحاجبين أنَّها جمالٌ ؛ إلَّا أنَّ الشَّافعي أبىٰ إكمال الدِّية بالجمال وحده ، حتَّىٰ تنضمَّ إليه منفعةٌ ؛ لأنَّ قوام الآدمي بمنافعه لا

---

[1] «أ» «ن» (له يوم القيامة) ، والمثبت من «ص» .

(٢) انظر: «مختصر المزني» (٣٥٢/٨) ، و«الحاوي الكبير» (١٧٣/١٢) .

[3] «أ» (حية) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بجماله، إنَّما الجمال منفعةٌ زائدةٌ.

ولا يلزم قطع الأذنين؛ لأنَّ منفعة السَّمع تنتقص بفوت الأذنين؛ لأنَّ دائرة الأذنين تجمع الصَّوت حين[١] السَّمع، فيتسارع إلى الإدراك. ألا ترى أنَّ الدِّية لا تكمل بفقء عينٍ قائمةٍ بجمالها إذا لم يكن لها بصرٌ.

قال: وكذلك لم يجب القصاص بعمده، وما كملت الدِّية بخطئه وجب القصاص بعمده بحال، ولا يجب كمال القيمة بحلق لحية العبد، ولو كملت الدِّية من الحرِّ كملت القيمة من العبد.

ولنا: أنَّ بكلِّ شعر من هذه الشُّعور جمالًا على الكمال، بدلالة أنَّ جمالها لا يشاركها شعر آخر فيها، فكانت كاملةً بنفسها من نوعها، ثمَّ الدِّية تكمل بإفاتة منفعةٍ كاملةٍ؛ كما لو ضربه فأصمَّه، وإن بقي الجمال بالأذنين، فكذلك تكمل بإفاتة جمالٍ كاملٍ وإن لم تزل منفعته[٢].

لأنَّ الجمال للآدميِّ فوق المنفعة، فإنَّه إنَّما يشرف بعلمه وعقله، لا بمنافعه التي تصلح لمصالح الدُّنيا، وكذلك رغبة الحكيم منهم، فيما يكسبه الجمال فوق رغبته فيما يكسبه المال.

بخلاف فقء العين العمياء؛ لأنَّ الجمال لا يبقى كله بدون البصر، فإنَّ جمال العين في لحظات النَّظر أكثر من صورتها، وكيف وحياة العين ببصرها؛ كحياة الجسم بروحها، والجمال لا بدَّ ينتقص بالموت فكذا هذا، وكذلك ينتقص بشلل اليد.

---

[١] «أ» «ن» (لحسِّ)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (منفعة)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ألا ترىٰ أنَّ الدِّية تكمل بقطع الأذنين ، ولم يفت إلَّا الجمال ، فإنَّه قلَّ ما يُؤثِّر في باب السَّمع .

علىٰ أنَّ الشَّعر لا يمتنع نباته إلَّا لفساد المنبت علىٰ ما نذكر ، وفي فساده فوت منفعة الإنبات ، فأشبه قطع الأذنين .

وإنَّما لا يجب القصاص ؛ لأنَّ الدِّية إنَّما تجب لعدم النَّبات ، وعدم النَّبات بفساد المنبت ، لا بزوال الشَّعر بالقطع ، فإنَّ القطع من حيث الخلقة يزيد في قوَّة النَّبات ، كشعر الرَّأس يزداد نموًّا بالحلق .

ولمَّا اعتبر فساد المنبت لإيجاب الدِّية مع زوال الجمال امتنع القصاص ؛ لأنَّه ليس في وسعه حلق شعر علىٰ وجه يفسد المنبت ، فأشبه قطع اليدين من السَّاعدين يكمل الدِّية ، ولا قصاص في عمده لعجزه عن القصاص من ذلك الموضع علىٰ سبيل المساواة للأوَّل ؛ لأنَّ محلَّه عظم .

فأمَّا الكفُّ من الرُّسغ فممكن قطعه مساويًا للأوَّل ، وإنَّما تتوهَّم الزِّيادة بالسِّراية ، وذلك محتملٌ ، فلا يبطل حقُّه بأمرٍ مشكوكٍ فيه .

ولا يلزم قلع السِّنِّ فإنَّ الأرش يجب بالنُّقصان الذي حلَّ به لا بفساد منبته ؛ لأنَّ عدم نباتٍ آخر لا يكون سبب فساد المنبت ، فإنَّ من حكم الخلقة أنَّها لا تنبت إلَّا مرَّتين ، والزِّيادة تكون ندرة ، فعدم النَّبات عادةٌ أصليَّة مع صلاح المنبت ، فلم تكن الدِّية إلَّا للنَّقص الحاصل دون فساد المنبت ، فأمكنه المقاصَّة بمثله فوجب .

وأمَّا لحية العبد فلم يذكرها في الأصل ، وإن سلم ؛ فلأنَّ الماليَّة مغلَّبة علىٰ

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

النَّفسية في أطراف العبد، ومن حيث الماليَّة ليس للحية العبد كمال جمال، إنَّما اللِّحية زينة[1] الرُّجوليَّة التي بها يمتاز الرَّجل عن الأنثىٰ.

|١٣٧٥| مسألةٌ: وفي الأذنين كمال الدِّية.

وقال مالك: حكومة عدل(٢).

لأنَّ الفائت محض الجمال، وفي الجمال ـ مع المنفعة ـ كمال الدِّية.

ولأنَّ الدِّية لو كملت للأحرار لكملت القيمة من العبيد؛ كالأنف.

وعن أبي بكر الصِّديق رضي الله عنه أنَّه أوجب في الأذنين خمسة[3] عشر من الإبل، وهي لا تجب إلَّا حكومة(٤).

وإمامنا عمر(٥) وعلي(٦) رضي الله عنهما فقد روي عنهما أنَّهما قالا: في إحدىٰ الأذنين نصف الدِّية.

والمعنىٰ فيه: أنَّه أزال جمالًا علىٰ الكمال، وقد مرَّ أنَّ الدِّية تكمل بالجمال

---

[١] «أ» (رتبه)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) ولا تجب الدية فيهما إلا إذا ذهب السمع. انظر: «المدونة (٤/٥٦١)، و«التفريع» (٢/١٩٨).

[٣] «أ» (خمس)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٤) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٦٢٢٢) عن معمر قال: وقضىٰ فيها أبو بكر رضي الله عنه، بخمس عشرة من الإبل.

(٥) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٦٢٢٢) عن طاووس، وعكرمة: أن عمر رضي الله عنه قضىٰ في الأذن بنصف الدية. قال معمر: والناس عليه. ورواه عبد الرزاق (١٧٣٩٥) عن معمر، عن ابن طاووس، عن أبيه، «أن عمر بن الخطاب، قضىٰ في الأذن إذا استؤصلت نصف الدية».

(٦) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٦٢٢٣) عن عاصم بن ضمرة، عن علي، رضي الله عنه، أنه قال: وفي الأذن النصف.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وحده، على أنَّا ذكرنا أنَّ شيئًا من منفعة السَّمع يفوت به. وأمَّا أذنا العبد فلا رواية لها في المبسوط، وإنَّما رُوي عن أبي يوسف في البرامكة[١] عن أبي حنيفة.

والجواب عنه أنَّ أطراف العبد معتبرة بالمال المحض تقويمًا[٢]، والمال أصل[٣] تقومه بالمنفعة، والجمال تبع يزيد في قيمة المنتفع به؛ لأنَّه شيءٌ خلق لمصالحنا، ومصالحنا التي بها القوام بمنافع المال، وبالجمال زين[٤] وما لا قوام به، فلم تبلغ قيمة الجمال وحده قيمة ما فيه المنفعة من العبيد، ثمَّ قدر ما يفوت من المنفعة بفوت الأذن يسير غير مُعتبر به على ما بيَّنَّا في مسألة اللِّحية.

وقد قال علماؤنا: دية العبد تنقص عن دية الحرِّ، وأرش طرفه يجب أكثر من الدِّية إذا بلغت قيمته ذلك؛ كطرف البهيمة[٥]، والله أعلم.

|١٣٧٦| مسألةٌ: في عين الأعور نصف الدِّية، وهو مذهب عمر(٦) رضي الله عنه.

وقال مالك: كمال الدِّية(٧).

---

[١] «أ» (في البر بكتاب مكة)، «ص» (السراية)، والمثبت من «ن».

[٢] «ص» (فقومنا).

[٣] «ص» (وأصوب).

[٤] لم تضبط في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (إذا بلغت قيمة ذلك طرف البهيمة).

(٦) روى عبد الرزاق (١٧٤٢٧) عن ابن جريج قال: حدثت عن ابن المسيب، أن عمر، وعثمان، «قضيا في عين الأعور بالدية تامة». وروى ابن أبي شيبة (٢٧٠١٣) نحوه. وانظر: «المحلى» (١١/٣٠).

ولم أقف على أثر قضى فيه بنصف الدية.

(٧) انظر: «المدونة» (٤/٦٣٨)، و«التفريع» (٢/١٩٩).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهو مذهب علي رضي الله عنه(١)؛ لأنَّ كمال المنفعة باقٍ[٢] بإحدىٰ العينين.

إلَّا أنَّا نقول: الواجب بإحدىٰ العينين نصف الدِّية، فكذا بالأخرىٰ؛ لأنَّها مثلها؛ كما في إحدىٰ الرِّجلين واليدين، وكذلك فقء[٣] العينين جملةً لا يوجب إلَّا الدِّية، فلم يجز أن يجب ذلك بإحداهما؛ لأنَّها نصف الجملة.

ولا يلزم النَّفس، فإنَّ الدِّية تجب بالجملة، ثمَّ بالأنف الدِّية[٤]؛ لأنَّ النَّفس إذا أخذت لم تكن الدِّية للأطراف معها؛ بل كانت للنَّفس، والأطراف ذهبت تبعًا، فلم يضمن مع المتبوع مقصودة[٥]، وإذا جدع الأنف فقد أخذ[٦] مقصودًا، فضمن كذلك، فلم يكن بعض[٧] ما ضمن بأخذ النَّفس، حتَّىٰ يستحيل ضمان كلِّ البدل به؛ بل كان غيره في حقِّ الضَّمان، فجاز أن يساويه معنىً.

فأمَّا العينان فضمان الدِّية لهما جميعًا ما إحداهما بتبعٍ للأخرىٰ، فلم يجز أن يجب الكلُّ بالبعض.

والجواب عن معناه: أنَّا لا نسلم أنَّ كلَّ منفعة العينين باقيةٌ؛ بل الباقي نصف المنفعة فلكلِّ عينٍ زاوية[٨] مبصرة، وقد ذهبت إحداهما، وإنَّما هما علىٰ

---

(١) رواه عبد الرزاق (١٧٤٢٣)، ومصنف ابن أبي شيبة (٢٧٠١١) عن سعيد، عن قتادة، عن خلاس بن عمرو، عن علي، «في رجل أعور فقئت عينه الصحيحة عمدا إن شاء أخذ الدية كاملة، وإن شاء فقأ عينا وأخذ نصف الدية».

[٢] «أ» «ن» (باقية)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (في).

[٤] «ص» (ثم الدية تجب بالأنف).

[٥] كذا في النسخ ولعلها (مقصوده).

[٦] «أ» «ن» (أخذت)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (نقص).

[٨] لم تضبط في «أ» و«ن».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

مثال سراجين في بيتٍ أطفئ أحدهما، لم يقل: إن كلَّ النُّور باقٍ؛ بل ذهب النِّصف منه، وإن اكتفي بالباقي منهما.

وإنَّما يظهر ذلك بالزَّوال، فقد كان البصر قبل الفقء لا يفوت بفوت هذه العين، والآن يزول.

ولأنَّ البصير[1] يبصر من طرفين ومكانًا مديدًا، والأعور لا يمكنه ذلك.

❊ ❊ ❊

[1] «ص» (البصر).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْـــلٌ
في ذكر ما يكون معتبرًا من الجناية[١] أو هدرًا

|١٣٧٧| مسألةٌ: إذا ضرب بطن امرأةٍ، فماتت، ومات الجنين= لم يضمن الجنين، وقد مرَّت عقيب دية الجنين، فالكلمات كانت متَّصلةً به.

|١٣٧٨| مسألةٌ: إذا اصطدم الفارسان، فماتا= ضمن عاقلةُ كلِّ واحدٍ منهما الدِّيةَ للآخر.

وقال زفر: يضمن النِّصف.

لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما هلك بجنايته وجناية صاحبه؛ لأنَّ الاصطدام بهما كان[٢]؛ فأشبه من جرح نفسه، وجرحه غيره حتَّىٰ مات.

إلَّا أنَّا نقول: [إنَّ][٣] المشي لكلِّ واحدٍ منهما مباحٌ في حقِّ نفسه مطلقًا، وفي حقِّ غيره بشرط سلامة الغير عن مشيه[٤]، فإذا لم يسلم صار تعدِّيًا، وإذا صار تعدِّيًا في حقِّ الغير، ومشيه[٥] في حقِّ نفسه مباحٌ، وهو سبب للتَّلف؛ لأنَّ التَّلف بالصَّدمة لا بالمشي، وكان[٦] سببًا للصَّدمة= لم يضف التَّلف إلىٰ السَّبب

[١] «ص» (الجنايات).
[٢] «أ» «ن» (يكون)، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» (مشية)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «أ» (مشية)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» (فكان).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

المباح؛ بل أُضيف إلىٰ التَّعدِّي.

كمن مشىٰ حتَّىٰ سقط في بئرٍ ضمن الحافر، دون الماشي، والسُّقوط كان بالأمرين جميعًا؛ بل بالمشي أكثر، حتَّىٰ لو علم بالبئر، ومشىٰ حتَّىٰ كان تعدِّيًا= لم يكن علىٰ الحافر شيءٌ، ومع ذلك إذا لم يعلم حتَّىٰ كان مباحًا لم يضف إليه شيءٌ من التَّلف، فهذا مثله.

بخلاف ما إذا جرح نفسه وجرحه غيره؛ لأنَّ جرحه نفسه تعدٍّ وإن كان لا يضمن لنفسه شيئًا، لأنَّه حرامٌ عليه ذلك إلَّا بشرط الصَّلاح من ختانٍ أو فصدٍ، فإذا عدم الصَّلاح عاد إلىٰ كونه تعدِّيًا، وإن لم يأثم إذا قصد الصَّلاح كالمخطئ.

|١٣٧٩| **مسألةٌ:** من نظر في بابٍ، فأصابه سهمٌ، ففقأ عينه ضمن الفاقئ[١] دية العين.

وقال الشَّافعي: لا يضمن(٢).

لما رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال لرجلٍ اطَّلع عليه: «لو علمتُ أنَّك تنظرني لفقأتُ عينك»(٣). فعلم أنَّ الفقء يحلُّ بمثله.

ولأنَّه بالنَّظر هتك حرز الحرم، فجاز أن يستحلَّ به آلة الهتك؛ كما لو سرق

---

[١] «ن» (العافي).

(٢) انظر: «مختصر المزني» (٣٧٥/٨)، و«الحاوي الكبير» (٤٦٠/١٣).

(٣) رواه البخاري (٦٢٤٢)، ومسلم (٢١٥٧) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه، ولفظه: «أن رجلا اطلع من بعض حجر النبي ﷺ، فقام إليه بمشقص أو مشاقص، فكأني أنظر إلىٰ رسول الله ﷺ يختله ليطعنه».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ماله، وهذا؛ لأنَّ البناء ـ كما يبنىٰ حرزًا[١] للمال ـ يبنىٰ حرزًا للحرم، وهتكه ذاك بالأخذ، وهتك هذا بالنَّظر.

ولأنَّ من دخل دار إنسانٍ يريد نفسه أو ماله حلَّ له قتله دفعًا، فكذلك إذا مدَّ عينه يريد هتك عورة حرمه حلَّ له فقء العين دفعًا.

دلَّ عليه: إذا أدخل رأسه دار غيره حلَّ لهم الدَّفع عن دارهم بالرَّمي وغيره؛ كما لو دخل بنفسه.

إلَّا أنَّا نحتجُّ بالنُّصوص الموجبة لضمان العمد إن كان عمدًا، والخطأ إن كان خطأً.

والمعنىٰ فيه أنَّ الفقء لا يجب جزاءً علىٰ النَّظر بالإجماع، فإنَّه بعد ما كفَّ عن النَّظر لا يفقأ عينه؛ كما تقطع يد السَّارق جزاءً بعد ما كفَّ عن السَّرقة[٢].

ولأنَّ الحدود لا تجب قياسًا[٣]، وإنَّما تثبت أسبابها بالنَّص، ولا يجوز أن تفقأ[٤] دفعًا؛ لأنَّ الجرح دفعًا إنَّما يحلُّ إذا وقع في قلب صاحب الدَّار أنَّه يبادره بأخذ نفسه أو ماله إن لم يعاجله، فأمَّا إذا علم أنَّه ينزجر بالصِّياح أو باليد دون السِّلاح، فلا يحلُّ له الجرح، ولو جرح[٥] ضمن. وكذلك إنَّما يحلُّ إذا ظنَّ أنَّه يريد نفسه أو ماله، فأمَّا النَّظر إلىٰ الحرم فلا. **ألا ترىٰ** أنَّه إذا حقَّق في باب النَّفس والمال ما قصد من الأخذ جوزي بالضَّمان، وههنا إذا تمَّ النَّظر، ثمَّ ترك لم يجاز

---

[١] «ن» (حريزا).

[٢] «أ» (الفرقة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (قصاصا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (يقعا)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (خرج)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بشيءٍ، فثبت أنَّ ذلك أهم الأمرين.

❁ فإن قيل: إذا أدخل رأسه كان رميهم مباحًا؛ لأنَّه في دارهم.

❁ قلنا: إنَّ بملك[1] الدَّار يُباح له إخراج الدَّاخل لا قتله، ويُباح الرَّمي في دارهم لا القتل، ورمي الإنسان مباشرة قتلٌ ـ إذا أصاب ـ، حتَّىٰ يلزمه القصاص بمثله، وما يحلُّ لهم قتل المسلم في دارهم، وإن أُبيح لهم الرَّمي إذا لم يكن قتلًا.

بخلاف من أوقد نارًا في بيته فهبَّت به الرِّيح، فأحرقت إنسانًا؛ لأنَّه مسبب كحافر البئر لا مباشر[2]، فلا يضمن ما لم يكن تعدِّيًا علىٰ ما بيَّنَّا في باب الأسباب.

وأمَّا الحديث فتأويله عندنا أنَّ النَّبي ﷺ هدَّدهم بذلك ـ وإن لم يكن ذلك شرعًا ـ، فإنَّه ﷺ علَّق الفقء بشرطٍ لا يتكوَّن، وهو علمه بذلك، والتَّعليق بشرط لا يتكوَّن نفي[3].

كقول إبراهيم عليه السلام: ﴿بَلْ فَعَلَهُۥ كَبِيرُهُمْ﴾ ـ إلىٰ قوله ـ ﴿إِن كَانُوا۟ يَنطِقُونَ﴾ [الأنبياء: ٦٣] ولم يكن فعله كبيرهم إلَّا أنَّه عليه السلام قصد إفحامهم بذلك، ولم يقصد التَّحقيق، ولم يكن كذبًا لما علَّقه بشرط لا يتكوَّن.

مسائل الأسباب: الدَّابَّة إذا أفسدت زرع إنسانٍ ليلًا لم يضمن صاحب الدَّابَّة.

---

[1] «ص» (تملك).

[2] «أ» (مباشر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[3] «ص» (نفا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وقال الشَّافعي: يضمن(١).

لما رُوي أنَّ ناقةً للبراء بن عازب دخلت زرع رجلٍ، فأفسدته فقضى رسول الله ﷺ عليه بضمانه، وقال: «حفظ الزُّروع[٢] على أربابها نهارًا، وحفظ الدَّواب على أربابها ليلًا»(٣).

ولنا: ما رُوي عن النَّبي ﷺ: «جرح العَجْماء جُبار»(٤)، وإنَّه خبرٌ ثابتٌ بالإجماع.

وقياسًا على النَّهار.

وأمَّا الخبر فتأويله عندنا أنَّها أفسدت الزَّرع في فور الإرسال، أو كان صاحبها أراد أن يأخذها، فانفلتت بقصده إيَّاها. ألا ترى أنَّه ليس في الحديث أنَّ النَّاقة أفسدت الزَّرع ليلًا.

وأمَّا التَّعليل، فلا يدلُّ؛ لأنَّا نقول: الحفظ على أصحاب الدَّواب ليلًا، وإذا تركوا أثموا؛ ولكن مع ذلك لا يضمنون؛ لأنَّ فساد الزَّرع لم يكن بترك

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٣/٤٦٦)، و«البيان» للعمراني (١٢/٨٤).

[٢] «أ» (الزرع)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٣) رواه مالك في «الموطإ» (٢٧٦٦/٦٠٣)، وأبو داود (٣٥٦٩)، وابن ماجه (٢٣٣٢)، والحاكم في «مستدركه» (٢٣١٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥٢)، عن حرام بن محيصة، عن أبيه: «أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط رجل فأفسدته عليهم، فقضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل». قال الدارقطني في «سننه» (٤/١٩١): «خالفه وهب وأبو مسعود الزجاج عن معمر، فلم يقولا: عن أبيه». قال ابن حزم في «المحلى بالآثار» (١١/١٩٩): «هذا خبر مرسل».

(٤) رواه البخاري (١٤٩٩)، ومسلم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة ﷺ، ولفظه: «العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الحفظ؛ بل بذهاب الدَّابَّة وهي مختارةٌ، ولم يتولَّد ذلك من الإرسال، والحكم إنَّما يُضاف إلىٰ السَّبب الأوَّل إذا حدث الثَّاني بالأوَّل ليصير السَّبب الثَّاني بحكمه[١] حكمين للأوَّل، فحدوثهما به[٢].

فأمَّا إذا لم يحدث السَّبب الثَّاني بالأوَّل فالحكم يقتصر علىٰ الثَّاني، ولا يُضاف إلىٰ الأوَّل بوجهٍ؛ كمن دلَّ سارقًا علىٰ مالٍ حتَّىٰ[٣] سرقه[٤] لم يضمن الدَّال؛ لأنَّ السَّرقة حدثت باختيار السَّارق، فلم تُضف إلىٰ الأوَّل. وكمن حلَّ قيد عبدٍ، حتَّىٰ أبق[٥] لم يضمن؛ لأنَّه مختارٌ في الإباق.

[٦] ولنا مسائل علىٰ هذا:

|١٣٨٠| مسألةٌ: منها: إذا فتح باب قفصٍ حتَّىٰ طار الطَّائر، أو باب اصطبلٍ حتَّىٰ خرجت الدَّابَّة= لم يضمن.

وقال الشَّافعي: يضمن إذا كان خرج في فوره ذلك(٧).

لأنَّ الدَّابَّة أو الطَّير لا يصبر عن الخروج عادةً، فإذا خرج علىٰ الفور، واستعمل عادته كان الخروج بناءً علىٰ العادة. بمنزلة سيلان الدُّهن من الزِّقِّ إذا شقَّه شاق، وإنَّه سبب ضمانٍ، فكذا هذا، وإن كان السَّيلان طبعًا وهذا اختيارًا؛

---

[١] «ص» (حكمه).

[٢] «أ» (حدوثها به) «ن» (يجد ونهاية)، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» (حين).

[٤] «أ» «ن» (سرق)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (هرب).

[٦] زاد في «أ» (مسألة).

(٧) انظر: «الأم» للشافعي (٤/٧١)، و«مختصر المزني» (٨/٢١٧).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّ العادة إذا تأكَّدت صارت طبيعةً لا يمكن الاحتراز عنها ، فإذا حصلت[١] علىٰ موافقة الطَّبيعة لم تبطل الإضافة إليها بالاختيار ، لأنَّه اختيارٌ فاسدٌ .

كما لو صاح بالدَّابَّة ، فذهبت صار كما لو قاد باليد ، وإن ذهبت مختارةً ؛ لأنَّه اختيارٌ فاسدٌ ، والصِّياح أو السَّوط سائقٌ عادةً ، فأشبه القود[٢] جبرًا[٣] ، حتَّىٰ إذا لم يخرج في فور الفتح علم أنَّه ترك عادته ، وكان الخروج بعد ذلك بحكم الاختيار ؛ فأشبه العبد يحلُّ قيده فأبق .

إلَّا أنَّا نقول: بأنَّ الدَّابَّة خرجت باختيارها ، والتَّلف بالخروج ؛ لا بفتح الباب ، فلمَّا لم يحدث الخروج من الفتح لم يُضف إليه ؛ بل قصر[٤] علىٰ الخروج ، كحلِّ قيد العبد .

ولا كذلك الدُّهن[٥] ؛ لأنَّه مائعٌ سيَّال لا مسكة له إلَّا بزقِّه[٦] ، فصار الشَّقُّ إفاتةً[٧] لمسكته ، فكانت بطريقه لا بنفسه ، فأشبه من ألقىٰ إنسانًا من السَّطح حتَّىٰ مات ، وصار ذلك السَّيلان والسُّقوط مضافين إلىٰ فعل الفاعل لمَّا تغيَّر[٨] حُكم الحال عنده ، دون أمرٍ آخر بعده يمكن الإضافة إليه .

وهذا الذي ذكرناه قياسٌ ، والذي قاله الخصم قريبٌ من الاستحسان ، فقد

---

[١] «أ» «ن» (حصل) ، والمثبت من «ص» .
[٢] «أ» «ن» (الفور) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «أ» (حبرا) ، لم تضبط في «ن» ، وليست في «ص» .
[٤] «أ» «ن» (قضىٰ) ، والمثبت من «ص» .
[٥] «ص» (الرهن) .
[٦] «ص» (برقة) .
[٧] «أ» (إماتة) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٨] «ص» (لم يعتبر) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ألحق بالعادة[١] ـ وإن كانت عن اختيارٍ ـ بالطَّبيعة التي لا اختيار فيها صيانةً لأموال [النَّاس][٢]، وأهدر اختيار ما لا عقل له حكمًا، فإنَّه خيارٌ لا يؤاخذ به.

وكذلك جعل في المسألة الأولىٰ؛ لأنَّ من طبع الدَّابَّة أنَّها لا تصبر عن أكل الزرع إلَّا بحفظ، فلمَّا كان الحفظ عليه ليلًا جعل ترك الحفظ بمنزلة التَّسليط والإرسال، والله أعلم.

ولا يلزم علىٰ ما قلنا من حفر بئرًا في الطَّريق، فوقع فيها أحدٌ فمات أنَّه يضمن، وما وقع إلَّا بالمشي عن اختيارٍ؛ لأنَّ المشي هدر في إضافة التَّلف المضمون إليه، لأنَّه مباحٌ فبقيت العبرة للعمق[٣] الذي حصل تحت رجليه، وإنَّه سببٌ مسقطٌ للآدميِّ، فقوامه بمكانٍ جامدٍ دون الهواء، فتصير إزالة الجامد من تحته إزالة لمسكته[٤]؛ كما في شقِّ زقِّ الدُّهن ما بينهما فرق بعد ما سقط اعتبار المشي المحصل علىٰ مكان العمق.

بخلاف طيران الطَّير؛ فإنَّه ـ وإن وقف علىٰ مكان الفتح ـ لا تزول مسكته[٥] بالفتح ليصير المعالج بإزالة المسكة متلفًا.

وهذا بخلاف السَّوق[٦]؛ لأنَّه معنىٰ حاملٌ علىٰ الذَّهاب كرهًا، فينتقل إلىٰ المكره، والفتح رفع[٧] للمانع، وليس بحمل علىٰ الخروج.

[١] «أ» (العادة)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» (للمعتق)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» (لمسكنه).
[٥] «ص» (مسكنه).
[٦] «أ» (السقوط)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «ص» (وقع).

CamScanner

وكذلك إذا أرسل كلبًا علىٰ صيدٍ، فقتله يجعل كأنَّه فعل بنفسه؛ لأنَّ الإرسال سببٌ للذَّهاب بعد التَّعليم كالسوق قبل ذلك. فأمَّا فتح الباب[1]؛ فلا. ألا ترىٰ أنَّه لو فتح باب الكلب حتَّىٰ خرج فصاد لم يحلَّ ولم يملك، بخلاف الإرسال، والله أعلم.

|١٣٨١| مسألةٌ: وعلىٰ هذا إذا مال الحائط إلىٰ الطَّريق، فتُقدِّم إليه بالنَّقض، فلم يفعل حتَّىٰ سقط، وأصاب إنسانًا= ضمن استحسانًا عندنا.

خلافًا لبعض النَّاس.

لأنَّه لمَّا تقدَّم إليه من له ولاية المطالبة بالتَّفريغ لزمه تفريغ هواء[2] المسلمين عن حائطه، فلمَّا لم يفعل بعد التَّمكن منه صار متعدِّيًا بترك التَّفريغ المضمون عليه؛ وصار كأنَّه شغل الهواء بمنزلة ما لو أشرع جناحًا إلىٰ الطَّريق، أو وضع حجرًا علىٰ الطَّريق، حتَّىٰ تلف به إنسانٌ= فإنَّه يضمن كالبئر سواء.

|١٣٨٢| مسألةٌ: وعلىٰ هذا قلنا فيمن غصب صبيًّا صغيرًا حرًّا لا يعبِّر عن نفسه، فمات عنده بصاعقةٍ، أو لدغ حيَّةٍ، أو ما يجوز أن لا يصيبه لولا نقله إلىٰ ذلك المكان= ضمن.

خلافًا لزفر.

قال: لأنَّ الحرَّ لا يضمن بالغصوب، فسقط اعتبار النَّقل غصبًا، وصار كما

---

[١] «ص» (الطريق).

[٢] «أ» (هؤلاء)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner تم المسح ضوئيا بـ
CamScanner

لو نقل بإذنٍ أو حصل في يده بغير صنعه[١].

ودلَّ عليه[٢] إذا كان بحيث يعبر عن نفسه فإنَّهما سواء في أن لا يضمن بالغصب.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ التَّلف مضافٌ إلىٰ يده، ويده يد[٣] تعدٍّ؛ لأنَّه لا يحلُّ له إثباتها، فصار بمنزلة حافر البئر.

وإنَّما قلنا: التلف مضافٌ إلىٰ يده؛ لأنَّ الصَّبي صار في يده بالغصب حقيقةً وحكمًا، أما الحقيقة لوجود الاستيلاء بلا معارضةٍ، فإنَّ الصَّبيَّ لا يعارضه بيده، ولا بلسانه، فإنَّه لا عبارة له. ألا ترىٰ أنَّه لو ادَّعىٰ أنَّه عبده كان القول قوله؛ لأنَّ اليد له.

بخلاف ما إذا كان يعبر عن نفسه فإنَّه يعارضه بلسانه، فلا تثبت يده حكمًا، ألا ترىٰ أنَّه لو ادَّعىٰ أنَّه عبده حكم فيه قول الصَّبي لا يده.

وبخلاف المكاتب الصَّغير؛ لأنَّ الشَّرع عارضه بأن قطع الولاية علىٰ المكاتب الصَّغير، وجعله صغيرا في حكم الكبير حتَّىٰ لا يولَّىٰ علىٰ ما في يده من الأكساب، ولا علىٰ نفسه؛ فلا يزوّج، ولما ألحق بالكبير لم يثبت عليه يد المستولي؛ لأنَّ يده في نفسه أقرب.

فأمَّا صغير الأحرار فلم يلحق بالكبار شرعًا، فلم ينقطع حكم الاستيلاء

---

[١] «ن» (صنعة)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» زيادة (ودلَّ عليه: إذا مات بمرضٍ. ودلَّ عليه: لو كان مكاتبًا فإنَّه لا يضمن لأنَّه بمنزلة الحرِّ وهذا الذي هو حقيقة أولىٰ).

[٣] «أ» (وبعده)، والمثبت من «ن»، وليست في «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

عليه بيد نفسه، فإنَّه لا يد له، ولا إحراز لنفسه بحاله[١] حقيقةً.

ومن حيث الحكم لم يلحق بالذي له يد نفسه لما جرت عليه ولاية غيره[٢]، فبقيت العبرة بحالته[٣]، ولما ثبتت له اليد صار النَّقل مضافًا إلىٰ يده؛ كما في الدَّابَّة فكان تحصليه[٤] في ذلك المكان تعدِّيًا، والإصابة المتلفة كانت من قبل الحصول في ذلك المكان؛ لأنَّه لو كان بمكانٍ آخر لما أصابته. فاللَّدغ والصَّاعقة سببٌ متلفٌ؛ كالسُّقوط في البئر؛ إلَّا أنَّ هذا من فوق، وذلك من تحت، وإنَّما يكون متلفًا باتِّصالٍ بينهما، والاتِّصال بسببين: بالعمق، وحصول الماشي عليه. ونزول الصَّاعقة، وكينونة الشَّخص في مكان النُّزول.

ثمَّ في باب الحفر لم يضف إلىٰ المباح من المشي، وأضيف إلىٰ التَّعدِّي[٥]، وهو الحفر، فكذا ههنا لا يُضاف إلىٰ نزول الصَّاعقة ولا لدغ الحيَّة، فذلك ممَّا لا يوصف بالحظر؛ بل يُضاف إلىٰ اليد المتعدِّية التي حصلتْه[٦] في ذلك المكان؛ وصار كرجلٍ حبس رجلًا تحت جدارٍ مائلٍ، حتَّىٰ سقط[٧] عليه فقتله.

بخلاف ما إذا مات حتف أنفه؛ لأنَّه لم يكن من النَّقل إلىٰ ذلك المكان سبيل، ولو كان بالمكان الأوَّل لأصابه. ألا ترىٰ أنَّه شيءٌ حدث منه.

---

[١] «ص» (بحال).

[٢] «ن» (ولأنه عبره).

[٣] «أ» (بحاله)، «ن» (لحالته)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (في تحصيله).

[٥] «أ» (المتعدي)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (حصلت).

[٧] «أ» (سقطت)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

❁ فإن قيل: فهلَّا قيل: إنَّ نصف الضَّمان يسقط؛ كمن[١] لدغته حيَّة وجرحه إنسانٌ فمات.

❁ قلنا: لأنَّ اللَّدغ ما كان يُصيب الصَّبي لولا نقله إلىٰ ذلك المكان، فصار ـ بذلك النَّقل إليه ـ كأنَّه أخذ الحيَّة ووضعها علىٰ الصَّبي حتَّىٰ لدغته؛ كما صار حافر البئر بمنزلة الدَّافع.

❁ فإن قيل: الحافر مُسقط وهذا لم يسقط الصَّاعقة.

❁ قلنا: إنَّ السُّقوط بفعل[٢] الماشي[٣]، والحافر أوجد شرط السُّقوط بإزالة الأرض من تحته، فضمن بإيجاد[٤] شرط السُّقوط الذي هو سبب تلف، وههنا أوجد شرط إصابة الصَّاعقة التي هي سبب تلفٍ، والحكم يُضاف إلىٰ الشَّرط إذا لم تمكن الإضافة إلىٰ العلَّة، والله أعلم.

|١٣٨٣| **مسألةٌ**: ولهذا قال الشَّافعي: إنَّ زوائد الغصب [تحدث][٥] مضمونةً؛ لأنَّها حصلت في يده بكينونة الأمِّ في يده، [وكينونة الأم في يده][٦] سبب غصبه إيَّاها، فصارت الكينونة تعدِّيًا مضافًا إليه، كعمق البئر بعد الحفر تعدٍّ مضافٌ إليه حتَّىٰ يضمن به فكذلك ههنا.

---

[١] «أ» (لمن)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (بنقل).

[٣] «أ» «ن» (المباشر)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (باتحاد)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

إلا أنَّا نقول: إنَّ بقاء يد[1] الغصب تعدٍّ؛ ولكن ليس بغصبٍ؛ بل هو حكم الغصب، فإنَّه عبارةٌ عن الأخذ، وقد انقضىٰ لما أثبتت اليد النَّاقلة عن يد صاحبها، ولمَّا لم يكن البقاء في يده أخذا وغصبا لم يجب به ضمان الغصب، ولا يضمن بالوقوع في اليد التي تثبت بالغصب؛ لأنَّ الوقوع في هذه اليد لا يوجب نقصانًا في المال بوجهٍ.

فأشبه الوقوع في البئر إذا لم يوجب نقصانًا، ولم يحصل التَّلف بالحصول في يده، ليجب ضمان الإتلاف، فلم يضمن شيئًا.

فضمان المال بشيئين[2]: إمَّا بالأخذ الذي هو إبطال لليد، أو الإتلاف الذي هو إبطال للعين، ما للمالك حقٌّ ثالثٌ سوىٰ يده علىٰ المال وملكه إيَّاه.

وبخلاف الحفر فإنَّه إنَّما يضمن به إذا تلف بالوقوع فيه، فأمَّا إذا لم يتلف السَّاقط[3] فلا، حتَّىٰ جاء آخر وأتلفه= لم يضمن الحافر شيئًا، ولم يصر غاصبًا إن كان السَّاقط مالًا، والمسألة شرحها مذكورٌ في الغصب.

|١٣٨٤| **مسألةٌ:** قال علماؤنا: فيمن له امرأتان صغيرةٌ وكبيرةٌ، فأرضعت الكبيرة الصَّغيرة حتَّىٰ بانتا= لم تضمن الكبيرة للزَّوج مهر[4] الصَّغيرة؛ إلَّا أن تقصد الفساد بأن تعلم أنَّ الإرضاع مفسدٌ للنِّكاح، ولا تخشىٰ علىٰ الصَّغيرة الهلاك، فترضع متعمِّدةً.

---

[1] لم تضبط في «ن» وأقرب قراءة لها (بعائد).
[2] «ص» (بسببين).
[3] «ص» (السقوط).
[4] «ص» (مال).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

خلافًا للشَّافعي(١).

لأنَّ المرضعة في إفساد النِّكاح بمنزلة حافر البئر، ثمَّ حافر البئر إنَّما يضمن ما تلف بالبئر إذا كان متعدِّيًا في الحفر، نحو الحفر على الطَّريق بلا إذن الإمام. فأمَّا إذا حفر بإذن من له ولاية الحفر، أو حفر في أرض[٢] نفسه، حتَّى لم يكن متعدِّيًا لم يضمن ما تلف به، فكذلك المرضعة.

وإنَّما قلنا: هي بمنزلة حافر البئر؛ لأنَّ النِّكاح إنَّما يفسد بوصول اللَّبن إلى الجوف، وذلك لا يحصل بفعلها، وهو إلقام الثَّدي في فم الصَّبي، فإنَّ الصَّبي ما لم يمص ولم يبتلع لم يصل، والمصَّة والابتلاع فعلٌ منه لم يتولَّد من الإلقام، فإنَّه مختارٌ في ذلك؛ كمشي الماشي على الطَّريق، فثبت أنَّه لا فرق بينهما.

وهذا لأنَّ التَّلف لما لم يحصل بنفس المباشرة[٣] لم يصر تعدِّيًا[٤] على المتلف عليه بإصابة حقِّه، وإذا لم ينقلب[٥] تعدِّيًا من حيث إصابة المتلف عليه وجب طلب صفة التَّعدِّي شرعًا، فإن كان ممَّا حرَّمه الشَّرع عليه كان تعدِّيًا حقًّا للشَّرع، فكان بقاء أثره تعدِّيًا كذلك حكمًا؛ لأنَّه أثر فعله، فيُضاف التَّلف إليه دون الفعل الآخر الذي لا يوصف بالتَّعدِّي من المشي والمصَّة. وإن لم يكن الفعل تعدِّيًا حقًّا للشَّرع لم يكن البقاء تعدِّيًا، فلا يُضاف التَّلف إلى البقاء؛ كما لم يضف إلى فعل المختار لما لم يكن تعدِّيًا. ألا ترى أنَّهما لو كانا تعدِّيًا نحو أن يمشي

---

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١١/٣٨٠).

[٢] «أ» (حفر عارض)! والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (المباشر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (متعديا).

[٥] «ص» (يتلف).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الماشي عن علم كان التَّلف مضافًا إلىٰ المشي دون الحفر، حتَّىٰ يهدر، فكذلك إذا كانا مباحين تكون الإضافة إلىٰ الفعل الآخر أولىٰ.

والشَّافعي مرَّ علىٰ أصله، وهو أنَّ الصَّبية لا تصبر عن الارتضاع إذا أصابت الثَّدي في فمها، فسقط اعتبار اختيارها بحكم العادة؛ كما سقط في حقِّ الطَّائر أو الدَّابَّة، فتصير المرضعة كأنَّها أوجرتها اللَّبن فتضمن؛ لأنَّها صارت مباشرةً ومتعدِّيةً بإصابة فعلها ملك النِّكاح بالإفساد.

وعلىٰ أصلنا لا يسقط عبرة الاختيار بالعادة، فلا تصير متعدِّية بإصابة[١] ملك النِّكاح، فما لم تقصد الفساد ـ حتَّىٰ يصير حرامًا عليها شرعًا ـ لا تصير متعدِّيةً، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[١] «أ» (بإفاتة بإصابة) ـ ولعل الناسخ جمع بين ما في المتن والحاشية معا ـ، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْـــلٌ
الكفَّارة وحرمان الإرث

قال أبو زيد: إنَّهما يجبان جزاء مباشرة القتل المحظور في نفسه؛ كنفس[١] مطلق زجرًا، لا بدلًا عن المقتول جبرًا.

بدليل: أنَّ الكفَّارة تجب لله تعالىٰ، وما يجب بدلًا عن المقتول يجب له ويصير لورثته؛ ولأنَّ في الكفَّارة صيامًا وحقُّ الآدميِّ لا يُجبر بالصَّوم.

وبدليل: أنَّ الكفَّارة تجب بقدر عدد القاتلين، فإنَّ جماعةً لو قتلوا رجلًا خطأً لزمتهم ديةٌ واحدةٌ، ولزمت كلَّ واحدٍ [منهم][٢] كفَّارة، فلمَّا تعدَّدت بتعدُّد[٣] فعل القتل عُلم أنَّه جزاء فعل القتل. وكذلك حرمان الإرث لا يجب منه شيءٌ للمقتول، وإنَّما هو غرمٌ لحقِّ القاتل، وفي الغرم معنىٰ العقوبة، والعقوبة لا تجب إلَّا جزاء الفعل المحظور في نفسه، فكذلك ما بمعناه لا يجب إلَّا بما أشبه المحظور، والخطأ يشبه المحظور[٤]، فالرَّجل المقتول كان معصومًا في نفسه حرامٌ قتله، وإن عذر هذا بخطئه. فثبت أنَّهما جزاءان [للفعل المحظور][٥] ما فيهما معنىٰ العوضيَّة.

---

[١] «ص» (لنفس).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (تعدد تعدُّد)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (وفي الغرم معنىٰ العقوبة إذا قوبل بالإصابة، فلما وجبت عقيب القتل المحظور في نفسه، ولارتكاب المحظور أثر في إيجاب ما فيه معنىٰ العقوبة ليكون زاجرا أحيل إليه كالكفارة. ألا ترىٰ أنه لا يجب إذا كان القتل حلالا شرعا. ولا يلزم الخطأ فالرجل المقتول كان معصوما...).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بخلاف القصاص فإنَّه يجب للميِّت ويورث عنه، وهو حقٌّ مقصودٌ فوق المال، وفيه حياةٌ للولِّي القائم مقام الميِّت، وكذلك يصالح عنه، فيصير العوض للميِّت تقضىٰ به ديونه[١] وتنفذ [منه][٢] وصاياه، وكذلك الدِّية. فأمَّا حرمان الإرث فغرمٌ محض يختصُّ القاتل به[٣] لا يجب للميِّت منه شيءٌ.

وقد دلَّ عليه سائر الكفَّارات، فإنَّها[٤] لا تجب أبدالاً بوجهٍ، وكيف تجب بدلًا، وفيها معنىٰ العبادة والعقوبة علىٰ ما بيَّنَّا في موضعها، وما فيهما معنىٰ البدليَّة.

وإنَّما قلنا: عن قتل نفسٍ مطلقٍ؛ لأنَّ الآية وردت في قتل مؤمنٍ مطلقٍ أو ذميٍّ.

|١٣٨٥| **مسألةٌ**: قال علماؤنا: لا كفَّارة علىٰ من ضرب بطن امرأة[٥]، فألقت جنينًا ميتًا.

وقال الشَّافعي: تجب الكفَّارة(٦).

لأنَّه قتل آدمي مضمون، ولأنَّه قتل خطأ، فتجب الكفَّارة بنصِّ الكتاب؛ وكما لو خرج حيًّا، ثمَّ مات.

---

[١] «أ» «ن» (دونه)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (فغرم مخص القاتل)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (فإنه)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (فظن أمة).

(٦) انظر: «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص: ٢٢٩)، و«المهذب» للشيرازي (٣/٢٤٨).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

إلَّا أنَّا نحتجُّ[١] بما رُوي في قصَّة الجنين المضروب أنَّ النَّبي ﷺ أوجب الغرَّة، ولم يوجب الكفَّارة.

وكان هذا من رسول الله سكوتًا في وقت الحاجة؛ لأنَّ السَّائل كان جاهلًا بحكم الحادثة، وكان أخ الضَّاربة يقول: أندي[٢] من لا صاح ولا استهلَّ، ولا شرب ولا أكل؟ ومثل دمه يطل(٣). فكان يرىٰ أنَّ لا ضمان ولا كفَّارة ويعتقد ذلك ويحاج، والنَّبي ﷺ ما ردَّ عليه إلَّا بإيجاب الغرَّة، فكان ذلك منه تقريرًا علىٰ اعتقاده البراءة فيما وراء ذلك.

ولأنَّ الله تعالىٰ إنَّما أوجب الكفَّارة في قتل النَّفس والجنين بين نفسٍ وعضوٍ في الأحكام، علىٰ ما بيَّنَّا في مسألة: الجنين أيتذكَّىٰ بذكاة الأمِّ أم لا؟

ولهذا انتقصت ديته، فلم يستقم إيجاب الكفَّارة في قتله استدلالًا بقتل النَّفس من كلِّ وجهٍ؛ بل يجب أن لا تردَّ إليه؛ لأنَّ الشَّرع ألحقه بالأعضاء في ضمان الدِّية، فجعله بعض ضمان النَّفس، فأمَّا إذا خرج حيًّا، فصار نفسًا مطلقًا، ألا ترىٰ أنَّ الدِّية تكمل.

---

[١] «أ» (نقول نحتج)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (أدي).

(٣) رواه البخاري (٥٧٥٨)، ومسلم (١٦٨١)، من حديث أبي هريرة ﷺ، أن رسول الله ﷺ قضىٰ في امرأتين من هذيل اقتتلتا، فرمت إحداهما الأخرىٰ بحجر، فأصاب بطنها وهي حامل، فقتلت ولدها الذي في بطنها، فاختصموا إلىٰ النبي ﷺ، فقضىٰ: أن دية ما في بطنها غرة عبد أو أمة، فقال ولي المرأة التي غرمت: كيف أغرم، يا رسول الله، من لا شرب ولا أكل، ولا نطق ولا استهل، فمثل ذلك يطل، فقال النبي ﷺ: «إنما هذا من إخوان الكهان».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣٨٦| **مسألةٌ**: من حفر بئرًا على طريقٍ، فمات فيها[١] إنسانٌ= ضمن الدِّية دون الكفَّارة.

وقال الشَّافعي: يضمنهما جميعًا(٢).

لأنَّه قاتل آدميٌّ مضمون فيضمن الكفَّارة؛ قياسًا على الرَّامي.

والدَّليل على أنَّه قاتلٌ أنَّه يضمن الدِّية؛ ولأنَّ التَّلف كان بالسُّقوط، فإنَّه سببٌ لانكساره، وإنَّه سببٌ للموت، وذلك[٣] السُّقوط كان بأثر تعدٍّ مضافٍ إلى الحافر، وهو عمق المكان؛ فإنَّ العمق جعل المرور سقوطًا، فصار كالتَّلف بأثر فعل الرَّامي من الجرح وآلام حدثت به حتَّى مات المرمي، إلَّا أنَّ القصاص لا يجب؛ لأنَّ هذه آلة لم توضع للقتل، فلا يصير القتل بها[٤] عمدًا محضًا؛ كالقتل بضرب سوطٍ واحدٍ.

وقد قلتم: إنَّ التَّكفير جائز بشراء الأب ــ وإن عتق بحكم مباشرته ــ وهو الملك الثَّابت بالشِّراء[٥] لا بنفس الذي باشره.

|١٣٨٧| **مسألةٌ**: وكذلك قال الشَّافعي: إنَّ شهود القصاص إذا رجعوا ــ بعد ما قتل الوليُّ ــ لزمتهم[٦] الكفَّارة، وحرموا[٧] الميراث(٨).

---

[١] «أ» (فيه)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (١٣/٦٢)، و«المهذب» للشيرازي (٣/٢٤٨).

[٣] «ص» (وكذلك).

[٤] «ن» (به)، وليست في «أ»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (بالبيع).

[٦] «أ» «ن» (لزمهم)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (وغرموا).

(٨) انظر: «الحاوي الكبير» (١٣/٧١)، و«أسنى المطالب» (٤/٦).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

لأنَّهم[١] قتلة، بدلالة وجوب ضمان الدِّية عليهم فلزمتهم[٢] الكفَّارة؛ لأنَّ المقتول آدمي مضمونٌ، وهذا؛ لأنَّهم بالشَّهادة أتلفوه حكمًا، فإنَّ القاضي بالقضاء يجعل نفسه للوليِّ، وفعل القاضي منقول إلىٰ الشُّهود؛ لأنَّهم ألجؤوه إليه علىٰ ما بيَّنَّا في باب القصاص أنَّ الشُّهود يلزمهم القصاص إذا قالوا تعمَّدنا، وكذلك يلزمهم ضمان المال إن شهدوا بمال.

إلَّا أنَّه ما لم يستوف منه لا يثبت التَّلف حقيقةً، فلا يملك الرُّجوع علىٰ الشُّهود؛ كما في الشَّهادة بدينٍ[٣] عليه إذا رجعا لم يضمنا ما لم يستوف من المشهود عليه، وإذا جاء الاستيفاء تحقَّق التَّلف بشهادتهم، فقتل الوليُّ ما صار استيفاءً إلَّا بشهادتهم.

وبذلك المعنىٰ لا يجب الضَّمان علىٰ المستوفي، فانتقل إليهم، فهم الذين أبطلوا حقَّه، فصارت هذه المسألة والحفر سواء.

ولهذا قلنا: إنَّ الصَّبي أو المجنون إذا قتلا ضمِنا الكفَّارة؛ لأنَّه قتل آدمي مضمون.

فأدار الشَّافعي [حكم][٤] ضمان الكفَّارة علىٰ سبب مضمن للدِّية[٥] أو القصاص.

قال: ولا معنىٰ لقولكم: إنَّ مشي الماشي مختارًا يمنع الإضافة إلىٰ الحفر؛

---

[١] «أ» (لأنه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (فلزمهم)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (بدم)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (سبب ضمان يتضمن الدية).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّه لو منع لما ضمن.

ولأنَّه لو كان نائمًا فحفر إنسانٌ ما تحته من المكان، حتَّىٰ سقط فتلف لم تجب الكفَّارة عندكم، وما سقط إلَّا بحفره. وكذلك لو كان علىٰ شجرة، فقطع رجل الشَّجرة حتىٰ سقط.

فإن قلتم: ههنا تجب الكفارة سهلت المسألة؛ لأنَّ السُّقوط في الأبواب كلِّها جاء من جانب زوال مكانٍ مسكنه العمق في مسألتنا، وسقوط الشَّجرة في تلك المسألة، والعمق حكم فعله، فما يتلف بحكم فعله يكون مضافًا إليه؛ كأنَّه باشره بمنزلة الرَّمي، فإنَّ التَّالف[1] إنَّما تلف بحكم فعله، وهو نفوذ السَّهم فيه. **ألا ترىٰ** أنكم قلتم ـ فيمن اشترىٰ أباه ينوي عن الكفَّارة ـ أنه يصحُّ، ولا يصير مكفِّرًا إلا بمباشرة، وما باشر إلَّا الشِّراء، وإنَّه لا يعتق بالشِّراء نفسه؛ بل بحكمه ـ وهو الملك ـ؛ وإنَّما لم يجز **عندنا** لأنَّ عتقه كان مستحقًّا بالقرابة، لا لأنَّا لا نجعله إعتاقًا.

ولعلمائنا: أن التالف لم يتلف بمباشرته، فلا يلزم جزاء المباشرة؛ كما لا يلزمه ضمان التَّالف إذا عدم التَّلف بسبب تعدِّيه، وقد ذكرنا أنَّ الكفَّارة وحرمان الإرث جزاء المباشرة، لا ضمان بدل التَّالف.

والدَّليل علىٰ أنَّه لم يتلفه بمباشرته؛ أمَّا من حيث **الحقيقة**، فمباشرته في حفره، والحفر يتمُّ حفرًا باتِّصاله بالأرض، لا بالآدميِّ بوجهٍ من الوجوه.

وأما من حيث **الحكم**؛ فلأنَّ التَّالف إنَّما تلف بواسطة العمق ـ علىٰ ما زعمتم ـ؛ فإنَّه تلفٌ بالسُّقوط، والسُّقوط لم يحدث إلَّا للعمق، والعمق حكم

[1] «أ» «ن» (الثالث)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فعله[١]؛ إلَّا أنَّه شرط للسُّقوط، لا علَّة.

والدَّليل على أنَّه شرطٌ أنَّ الآدميَّ خلق ثقيلًا لا يحمله الهواء بعلَّة ثقله؛ ولكنَّ الأرض الكثيفة[٢] كانت تحمله، فلمَّا زالت الأرض بالحفر ـ وصار مكان الماشي عليه هواء ـ سقط بعلَّة ثقله عند زوال ما كان يحمله بحفر الحافر.

وكذلك الغصن الذي كان عليه الآدميَّ مانعٌ من سقوطه؛ وكذلك الحبل الذي علَّق القنديل منه.

بمنزلة من قال لعبده: أنت حرٌّ إن دخلت الدَّار، «إن دخلت الدَّار» شرطٌ مانع، وإذا وجد الدُّخول عُتق، والعلَّة قوله: «أنت حرٌّ»، ودخول الدَّار شرطٌ.

فكذلك الغصن كان مانعًا من السُّقوط الذي كان يوجبه ثقله ـ لولا الغصن ـ، فيكون زوال الغصن شرطًا لسقوطه لا علَّةً.

وإذا ثبت أنَّ العمق الذي عنده يسقط الآدمي شرط؛ لا علَّة، والمباشرة: اسمٌ لفعلٍ هو علَّة لما يُضاف إليه التَّلف حكمًا، وهو[٣] المعنيُّ بقولنا: مباشرة، والكفَّارة شُرعت جزاء هذا الفعل لم يجب بالشَّرط. ألا ترى أنَّ التَّكفير بالعتق لا يجوز إلَّا بعتقٍ حصل بمباشرته الإعتاق.

ثمَّ قيل: إذا قال لعبده: «إن دخلت الدَّار فأنت حرٌّ»، ثمَّ دخل [الدَّار][٤] ينوي التَّكفير [بالعتق][٤] لم يجز، وإن أوجد الدُّخول، والدُّخول أوجد العتق؛

---

[١] «أ» (فعل).

[٢] «أ» «ن» (الكثيف)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (وهي)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّه شرطٌ، فلا يصير به مباشرًا.

وكذلك قال علماؤنا: إذا قال لعبدٍ: «إن اشتريتك فأنت حرٌّ»، ثمَّ اشتراه ينوي [عن الكفَّارة= لا يجوز؛ لأنَّ الشِّراء شرط. ولو اشترىٰ أباه ينوي عن الكفَّارة صحَّ؛ لأنَّ الشِّراء أوجب الملك، والملك أوجب العتق علىٰ ما بيَّنَّا][1] في موضعه، فلم يكن الملك شرطًا؛ بل كان علَّةً، وقد حدثت[2] بالشِّراء فأضيفا جميعًا إليه؛ بمنزلة الرَّمي الذي أوجب نفوذ السَّهم، والوقوع في المرمىٰ[3]، والوقوع علَّة التَّلف وليس بشرطٍ، فالعمق شرط للتَّلف في مسألتنا هذه، والجرح[4] من السَّهم علَّة، فلذلك افترقا.

فأمَّا قوله: لو كان هكذا لم يجب الضَّمان.

فالجواب عنه: أنَّ الضَّمان يجب علىٰ صاحب الشَّرط؛ فإنَّ من حلف فقال: إن اشتريت نصف هذا العبد فهو حرٌّ، فاشترىٰ النِّصف، والنِّصف لرجلٍ آخر= ضمن للآخر[5] بالشِّراء، وإنَّه شرط العتق.

وكذلك عندكم إذا اشترىٰ نصف أبيه[6] ضمن للشَّريك، ولا يجوز عن الكفَّارة؛ لأنَّ الملك عندكم شرطٌ لعتق القريب، والعلَّة هي القرابة، وإنَّما لا يجب الضَّمان علىٰ صاحب الشَّرط إذا وجدنا للضَّمان صاحب علَّة، فيصير أَوْلىٰ

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] «ص» (حدث).

[3] «أ» «ص» (الرمیٰ)، والمثبت من «ن».

[4] «ص» (والخروج).

[5] «ص» (البائع).

[6] «ص» (أمّه). «أ» (ابنه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

من صاحب الشَّرط. فأمَّا إذا لم يمكن إيجاب الضَّمان [على صاحب العلَّة، فيجب][1] على صاحب الشَّرط، كما إذا قطع حبل القنديل ضمن القنديل، وإنَّما أوجد[2] بالقطع شرط الانكسار، لا علَّته، فعلَّة السُّقوط ثقل القنديل؛ لكن لما لم يمكن إيجاب الضَّمان على المعلَّق ـ لأنَّه غير جانٍ ـ ولا على ثقل القنديل في نفسه ـ لأنَّ الله تعالى كذلك خلقه ـ أُضيف إلى صاحب الشَّرط.

وكذلك من شقَّ زِقَّ دهنٍ فسال ضمن، وإن كان السَّيلان بسبب أنَّه مائع[3]، والزِّقُّ كان مانعًا؛ وهذا لأنَّ التَّلف يوجد بالشَّرط كما يوجد بالعلَّة لا يفترقان في أنَّهما علَّتا وجود؛ إنَّما يفترقان في الوجوب.

فالعلَّة سبب وجود دون الشَّرط فإذا اجتمعا ترجَّحت العلَّة، وإذا لم يمكن إضافة الضَّمان إلى العلَّة شرعًا أُضيف إلى الشَّرط؛ لكن ما يجب جزاء المباشرة والعلَّة لا بدلًا عن التَّالف ينعدم لانعدام المباشرة، والله أعلم.

[١٣٨٨] مسألةٌ: وعلى هذا شهود القصاص إذا رجعوا عن الشَّهادة [بعد القضاء][4]، وقتل الوليُّ لا يحرمون الإرث ولا يضمنون الكفَّارة.

لأنَّه لم يتلف بمباشرتهم[5]؛ لأنَّ مباشرتهم في أداء الشَّهادة، وحكم الشَّهادة إيجاب القصاص عليه والقتل ما حصل بهذا؛ بل بمباشرة الوليِّ وما قتله

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[2] «ص» (أوجب).
[3] «ص» (مانع).
[4] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[5] «ص» (بشهادتهم).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

بمضافٍ إلى الشَّهادة، فالوليُّ مختارٌ فيه ومندوب إلى العفِّ؛ لكن بشهادتهم أوجب القصاص، والوجوب شرطٌ يمكِّن ـ عنده ـ الوليَّ[١] مِن قتله حكمًا، كالعمق في المسألة الأولى، فكان هذا دون ذلك؛ لأنَّ العمق أمرٌ حسِّي والتَّلف عنده حسِّي، والوجوب في مسألتنا حكميٌّ، وكينونته شرطًا للقتل حكميٌّ أيضًا، فإنَّ حقيقة القتل بالضَّرب، وإنَّه قتل لولا الشَّهادة إلَّا أنَّه لا يكون ممكَّنًا حكمًا منه، والآن تمكَّن بذلك الشَّرط شرعًا وحكمًا.

ولأنَّه بعد الحفر الذي هو مباشرة لا سقوط ولا هلاك إلَّا بمشي، وإنَّه ما حدث بالحفر، فتمتنع الإضافة إلى الحفر[٢]، فيبقى مضافًا إلى العمق القائم حال المشي، وإنَّه ليس بمباشرة فعل؛ لكنَّه سبب ضمانٍ بلا مباشرةٍ. وكذلك الثَّابت بالشَّهادة تلفٌ حكميٌّ لا غير، والكفَّارة جزاء إتلاف حقيقةً، وإنَّما يحصل[٣] الوليُّ باختياره فلا يُضاف إليه[٤].

|١٣٨٩| **مسألةٌ**: وكذلك الصَّبي إذا قتل لم تلزمه الكفَّارة، ولا يحرم الإرث والدِّية تجب على العاقلة، وإن تعمَّد.

وقال الشَّافعي: تلزمه الكفَّارة، والدِّية إذا تعمَّد، ويحرم الإرث(٥).

واحتجَّ بأنَّ قتله مضمونٌ بالدِّية، فيكون مضمونًا بالكفَّارة، وحرمان الإرث؛

[١] «ص» (يمكن للولي عنده).
[٢] «ص» (العمق).
[٣] زاد في «أ» (بقتل)
[٤] «ص» (باختيار فلا يضاف إلى الشهادة).
(٥) انظر: «روضة الطالبين» (٦/٣١)، و«أسنى المطالب» (٤/٨٧).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

قياسًا على البالغ، ويلزمه في ماله إن تعمَّد؛ قياسًا على الأب يقتل ولده عمدًا.

وقال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما: «لا تعقل العاقلة عمدًا، ولا عبدًا، ولا صلحًا، ولا اعترافًا»(١).

ولعلمائنا: ما رُوي عن علي رضي الله عنه في مجنونٍ عدا على رجلٍ فقتله= أنَّ الدِّية على العاقلة، وقال: عمده وخطؤه سواء. فلا يعارضه قول ابن عباس؛ لأنَّ الصَّبي غير مذكورٍ فيه، ولا المجنون، ولأنَّه نفى[٢] حمالة[٣] العمد، ولا عمد للمجنون على ما نذكر.

والمعنى فيه ما ذكرنا: أنَّ حرمان الإرث والكفَّارة تجبان[٤] جزاء على ارتكاب[٥] [محظور][٦]. فلا يلزم الصَّبي كما لا يلزمه حدُّ الشُّرب والزِّنا؛ لأنَّ الصَّبي غير ثابت في حقِّه أجزية الأفعال المحظورة حقًّا لله تعالى، فلا يلزمه حدٌّ، ولا قصاص؛ ولهذا لا يأثم الصَّبي، لأنَّه جزاء فعله شرعًا. وكذلك الوجوب في مال القاتل ضرب عقوبة على عمده، لا[٧] أن يجب بحقِّ المقتول، فإنَّه لا يجب بالخطإ، وشيءٌ من حقِّه لا يسقط بخطئه إنَّما يعتبر صفة ما يجب للمقتول[٨]، وهي مسألة أصول.

---

(١) سبق تخريجه.

[٢] «أ» (لغا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (حالة).

[٤] «أ» «ن» (تجب)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (الارتكاب)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (إلا).

[٨] «ص» (إنَّما تتغيَّر صفة فعله في حقِّ الله تعالى، فيتغيَّر ما يجب جزاءً على الحظر لا ما يجب للمقتول).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

وهذا ؛ لأنَّ الحظر الذي يحتمل أن لا يكون ، أو يحتمل السُّقوط بوجهٍ ما ، أو الانتساخ= لا يثبت في حقِّ الصَّبيِّ ؛ كما لا يثبت الإيجاب الذي يحتمل أن لا يكون أو يحتمل السُّقوط بعذرٍ ما[١] ، وحظر القتل يحتمل السُّقوط بالرِّدَّة وأسبابٍ كثيرة .

وكذلك الجزاء على الحظر الثَّابت شرعًا في مقابلة الفعل يجب لله تعالى ولا إشكال في الكفَّارة .

ولأنَّ ما لا يجب لمن دون الله تعالى يجب لله ، وما يجب لمن دون الله بالتَّعدِّي يجب لمن تعدي [عليه][٢] لا لغيره ، وليس في حرمان الإرث نفعٌ عائدٌ إلى المقتول ، فثبت أنَّه يجب جزاءً حقًّا لله زاجرًا عن ارتكاب ما حظر[٣] في نفسه فسقط بالصِّبا .

ولهذا لا يلزمه عندنا كفَّارات الإحرام ، ولا قضاء الحجِّ إذا أفسده ، والصَّبي لا يلزمه من حقوق الله تعالى ما يحتمل السُّقوط ، أو يحتمل النَّسخ ، أو لم تكن مشروعةً من قبل ، ووجبت بشريعتنا كالصَّلاة والصَّوم ونحوها ؛ بل أولى ؛ لأنَّ الصَّلاة أوجب من الكفَّارة .

ولا فرق على أصلنا بين المالي والبدني على ما بيَّنَّا[٤] في كتاب الزَّكاة ، وبيان ما يلزم الصَّبي ممَّا لا يلزمه[٥] من الحقوق الشَّرعية .

---

[١] «أ» (بعذره أو) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] «ص» (حظره) .

[٤] «أ» «ن» (بيناها) ، والمثبت من «ص» .

[٥] «أ» «ن» (يلزم) ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بخلاف المخطئ، فإنَّ البالغ تثبت في حقِّه جميع الحقوق، وربَّما تعذَّر في خلافها بالخطإ، وأسباب أخر؛ فلا يأثم.

ألا ترى أنَّ النَّائم أو النَّاسي تلزمه الصَّلاة، ويُعذر في تفويتها[١] [عن الوقت][٢]؛ ولكن بضمان القضاء، وربَّما [يسقط][٣]، وقد بيَّنَّاها في موضعها.

وإنَّما كلامنا في الصَّبي فإنَّه لا يلزمه عندنا ـ بحالٍ ـ ما كان من هذا القبيل[٤]، وعند الخصم تلزمه الماليَّات دون البدنيَّات.

ولأنَّ الصَّبي غير مخاطبٍ بالتَّرك بالإجماع، ولا بالفعل، فلا يلزمه جزاء فعل حرم بالخطاب[٥].

|١٣٩٠| **مسألةٌ:** فإن رجع الوليُّ ـ وقال: قتلته عمدًا ـ، وضمن الشُّهود= لم يرجعوا على الوليِّ[٦] عند أبي حنيفة.

وعندهما: يرجعون.

لأنَّهم ضمنوا بدل المقتول، فيقومون مقامه في استحقاق ضمانه ـ وإن لم

---

[١] «أ» «ن» (نفوسها)، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» زيادة (ولهذا لا يلزمه عندنا كفارات الإحرام، ولا قضاء الحج إذا أفسده).
[٥] «ص» زيادة (ولا يلزم الصبي يرتد فيحرم الميراث؛ لأن الحرمان ليس بجزاء الردة، فإن الردة تبديل لدين محظور، ولو أسلم حرم الميراث من الأب الكافر، وهو تبديل مأمور به، ولو كان جزاء لم يجب بالحلال، فلما ساوى الحلال الحرام علم أن الحرمان بسبب آخر يجب اختلاف الدينين، وهو انقطاع الولاية الثابتة بالقرابة؛ كما ينقطع بالرق، وإنه يحرم الإرث، والله أعلم).
[٦] «ص» (على الشهود).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

يملكوه ـ، كمن غصب مدبرا فغصبه[١] منه آخر وتلف عنده، وضمن الأوَّل لمالكه رجع على الثَّاني بضمانه؛ كأنَّه ملكه.

ولأبي حنيفة: أنَّ الشُّهود إنَّما ضمنوا مع الوليِّ المباشر؛ لأنَّ الشُّهود صاروا متلفين حكمًا بإيجاب القتل عليه بشهادتهم؛ كما إذا أوجبوا عليه مالًا بشهادتهم يصيرون بمنزلة ما لو أتلفوا ذلك القدر من ماله، ولولاه لما ضمنوا مع المباشر للقتل؛ كما لا يضمن الحافر مع الدَّافع؛ لأنَّه مباشر.

إلَّا أنَّ الوليَّ مباشر حقيقة القتل، وهم مباشرون تلفًا حكمًا من حيث الوجوب، إلَّا أنَّ هذا الضَّرب من الإتلاف ممَّا لا يتعلَّق به كفَّارة؛ لأنَّه ليس بقتلٍ بعد ما بقيت معه حياته، فلم يلزمهم ذلك لما ذكرنا في المسألة الأولى. فأمَّا ضمان البدل فيتعلَّق به، كما إذا شهدا عليه ببيع داره، ثمَّ رجعا بعد القضاء ضمنا لإتلاف حكميٍّ.

غير أنَّهما لا يضمنان قبل قتل الوليِّ؛ لأنَّ ماله لم يزُل عنه بعد، فلا يستوفي ما لغيره عليه؛ كما لا ضمان على شاهدي الدَّين قبل الاستيفاء من المشهود عليه، فلا يمكنه أن يحقِّق لنفسه ضمانًا يأخذه، فيكون أكثر ممَّا وجب عليه، فأمَّا إذا تحقَّق بقتل الوليِّ، فإنَّه يضمن بإتلافٍ باشره حكمًا، فلا يرجع على غيره، فإنَّه ـ وإن قام مقام المالك ـ فلا رجوع له على غيره بما تلف به[٢].

وصاحباه: لم يجعلا القضاء، بالقتل تلفًا حكميًّا؛ لأنَّ نفس المقضي عليه له لا للمقضيِّ له على ما مرَّ.

---

[١] «أ» «ن» (فغصب)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (بما فاته).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بخلاف الدَّين فإنَّ الدَّين يصير مملوكًا للمقضيِّ له عليه بمنزلة العين يجب فيه الزَّكاة، وههنا ما يظهر الملك على القاتل إلَّا من[1] تمكن الوليُّ من قتله؛ كملك الرَّجل في امرأته، والدَّين ملكٌ ظاهرٌ، فهذه هي الشُّبهة، وأصل الملك ثابتٌ كما قاله أبو حنيفة، وإنَّه تلفٌ حكمي، والله أعلم.

|١٣٩١| مسألةٌ: القتل العمد لا يوجب الكفَّارة، وإن لم يوجب القصاص؛ كالأب يقتل ولده عمدًا، وكالمسلم يقتل مسلمًا عمدًا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا، فإنَّ القصاص لا يجب، ولا تجب الكفَّارة، ولو قتل خطأً وجبت الكفَّارة في المسلمين جميعًا.

وقال الشَّافعي: تجب الكفَّارة بالعمد؛ كما بالخطإ(٢).

لما رُوي عن واثلة بن الأسقع أنَّه قال: أتينا رسول الله ﷺ بصاحبٍ لنا قد استوجب النَّار ـ يعني بالقتل ـ فقال رسول الله ﷺ: «أعتقوا عنه رقبةً فإنَّ الله يعتق بكلِّ عضوٍ من أعضائه عضوًا من النَّار»(٣).

والدَّليل على أنَّ السُّؤال كان عن القتل أنَّ استيجاب النَّار على معصيةٍ بعينها، لم ينصَّ في الكتاب إلَّا في القتل العمد.

ولأنَّ الله تعالى لمَّا شرع الكفَّارة في الخطإ دلَّ على العمد من طريق

---

[١] «ص» (في).

(٢) انظر: «الحاوي الكبير» (٦٢/١٣).

(٣) رواه أحمد (١٦٠١٠)، وأبو داود (٣٩٦٤)، والنسائي في «الكبرى» (٤٨٧٠)، والحاكم في «المستدرك» (٢٨٤٤). قال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي. وصححه ابن الملقن في «البدر المنير» (٥٠٣/٨). وانظر: «التلخيص الحبير» (١٠٥/٤)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الأوْلىٰ؛ لأنَّ الكفَّارة ـ حيث تجب ـ تجب لارتكاب محظورٍ لا للخطإ، فإنَّه عذرٌ مسقطٌ، وقدر ما في الخطإ من الحظر قتلًا[١] لا يسقط بالعمد؛ بل يزداد، وازدياد سبب الوجوب لا يسقط الواجب[٢].

ألا ترىٰ أنَّ قتل الصَّيد[٣] خطأً في الإحرام لما أوجب الكفَّارة أوجبه العمد، وعكسه قتل الشَّاة[٤].

ولأنَّه قتل آدميٍّ مضمونٍ، فيوجب الكفَّارة؛ قياسًا علىٰ الخطإ. وهذا؛ لأنَّ في الآدميِّ حقَّين، حقًّا للآدميِّ ضمن بالدِّية للآدميِّ، وحقًّا لله تعالىٰ ضمن بالكفَّارة. والحقَّان جميعًا قائمان حال القتل عمدًا، فلم يجز أن يهدر حقُّ الله كما لم يهدر حقُّ العبد. ولا إشكال أنَّ الدِّية حقُّ الآدميِّ محضًا في قتل الأب ابنه؛ وكذلك القصاص في العمد. بدلالة أنَّ له الاعتياض به[٥]، فيخلص له.

ولهذا أوجبنا علىٰ الصَّبي الكفَّارة إذا قتل؛ لأنَّه ضمان إتلاف الحقِّ، والصَّبي مؤاخذٌ بأفعاله كالبالغ، وإنَّما يفارقه في أقواله.

وكذلك يجب علىٰ حافر البئر الكفَّارة إذا تلف بالبئر إنسانٌ؛ لأنَّ التَّلف مضافٌ إليه حيث يضمن[٦] الدِّية. وفي التَّالف حقَّان: حقُّ الآدميِّ، وحقُّ الله تعالىٰ؛ فيتبيَّن بهذه المسائل أنَّ الدَّافع[٧] للكفَّارة علىٰ أصلكم ليس وجوب القصاص.

---

[١] «ص» (قط).
[٢] «أ» (الوجوب)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (الصبي).
[٤] «ص» (وعكسه البهيمة).
[٥] «ص» (أن هذا الاعتبار له).
[٦] «ص» (حتىٰ ضمن).
[٧] «ص» (النافي).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ولأنَّه كفَّارة قتلٍ فيجب في عمده ؛ كما يجب في خطئه ؛ قياسًا على قتل المحرم صيدًا.

ولعلمائنا: قول الله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُۥ جَهَنَّمُ﴾ [النِّساء: ٩٣]. فمن زاد الكفَّارة عليه فقد نسخه على ما هو الأصل عندنا ، فإنَّ المعلَّق بالشَّرط يكون كلَّ جزائه ، وبالزِّيادة يصير بعضًا[١].

وقال: ﴿ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] ، وقال: ﴿ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ﴾ [البقرة: ١٧٨]. فالآيات شُرعت لبيان الواجب بالقتل ، والزِّيادة عليه تكون نسخًا.

ويدلُّ عليه أنَّ الله تعالى ذكر أنواع القتل في آية العمد ، وأنواع المقتولين ، فسوَّى الجواب في البعض ، وفرَّق في البعض ، فتكون التَّسوية فيما فرَّق خلافًا ؛ كالتَّفرقة فيما سوَّى.

❁ فإن قيل: الآية وردت في القتل مستحلًّا.

❁ قلنا: إنَّه زيادة على الشَّرط فيكون نسخًا [للأوَّل][٢] ؛ لأنَّ الجزاء لا يجب به ، فلا يكون تأويلًا ، وإنَّما تأويل الخلود على معنى: لو عامله بعدله ، أو على معنى: تطويل المدَّة مجازًا ؛ كما يُقال: جزاؤك أن أخلِّدك في السِّجن وإن كان لا يفعله ، وخلد فلانٌ في السِّجن إذا طالت المدَّة.

❁ فإن قيل: إنَّ قول الله: ﴿إِلَّا خَطَـًٔا﴾ [النِّساء: ٩٢] يتناول العمد ؛ لأنَّه ضدَّ الصَّواب.

---

[١] «ص» (نقضا).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

۞ قلنا: هذا قول من لم يعرف شيئًا من العلم، فإنَّ الله تعالى استثنى ذلك من الحظر، وضدَّ الصَّواب لا يكون مستثنى من المحظور؛ بل هو المحظور بعينه.

وإنَّما المستثنى ضدَّ الصَّواب المطلوب بتحرِّيه واجتهاده بأن قصد صيدًا، فأصاب مسلمًا، حتَّى يكون مباحًا له فعله، فلا يأثم، وإن ضمن.

ولأنَّ الخطأ ضدَّ العمد لغةً، والخطأ موضوعٌ عنَّا، والعمد مأخوذٌ علينا.

وقال النَّبي ﷺ: «العمد قودٌ»(١) وهذا في اللُّغة تفسير للكلِّ[٢]؛ كما يُقال: الدِّينار ذهب.

وعن سويد بن الصَّامت الأنصاري أنَّه قتل مسلمًا كان قتل أخاه في الجاهليَّة، فأوجب النَّبي ﷺ القصاص ولم يوجب الكفَّارة(٣).

والمعنى في المسألة: أنَّ القتل العمد محظورٌ محض، فلا يكون سببًا للكفَّارة، كالردَّة والزِّنا والقذف، وقد حقَّقناها في يمين الغموس.

وإنَّما قلنا: إنَّه محظورٌ محض؛ لأنَّ الآدميَّ في الأصل معصومٌ عن استحلال القتل ابتداءً ليس بمحَلٍّ[٤] له شرعًا إلَّا جزاء جناية؛ كالبضع معصومٌ عن الاستحلال شرعًا إلَّا بملك.

---

(١) سبق تخريجه.

[٢] «ص» (لذلك).

(٣) رواه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١٥٩٠٧) من طريق الواقدي. ثم قال البيهقي: «وهذا منقطع». والقصة بطولها في «السنن الكبرى» له (١٦٠٦١). وقال في «السنن الكبرى» (١٠١/٨): «إنما بلغنا قصة مجذر بن زياد، من حديث الواقدي منقطعا، وهو ضعيف».

[٤] «أ» «ن» (غير محل)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأنَّه خلقه حرًّا، فالتَّصرُّف فيه لا يجوز إلَّا بالملك، أو بإذن المالك، فيصير المحلُّ غير قابلٍ للقتل حقًّا له. ولهذا وجبت الدِّية والقصاص حقًّا له.

ولأنَّه خلقه ليعبده، فلو أُبيح تلفه في الأصل لفات حكمة الخلق، والفعل في غير محلِّه لا يتصوَّر؛ كالقتل في الجماد[١]. فكذلك المباح شرعًا في غير محلِّ الإباحة لا يتصوَّر، وكذلك التَّمليك في غير محلِّه من الحرِّ لا يتصوَّر تمليكًا وبيعًا، وإذا لم يتصوَّر مباحًا على الابتداء كان محظورًا في نفسه محضًا، لا يشوبه إباحةٌ إلَّا بعارضٍ من جهة الفاعل بأن لا يريده، ووقع فيه غلطًا؛ كالقاتل[٢] خطأً؛ لأنَّه قصد صيدًا، وذلك محلٌّ مباحٌ فانعقد فعله مباحًا في حقِّ الفاعل محظورًا في حقِّ المفعول، فصار بين مباحٍ ومحظورٍ لاختلاف المحلِّ ابتداءً وانتهاءً.

بخلاف القتل بالسَّوط؛ لأنَّ السَّوط آلة للتَّأديب وهذا المحلُّ ممَّا[٣] يُباح ضربه تأديبًا؛ ولكن لمَّا تعدَّى التَّأديب انقلب محظورًا، فصار بين مباحٍ ومحظورٍ لاختلاف الفعل في نفسه؛ لأنَّه يحتمل التَّأديب والقتل. وكذلك قتيل الحجر الكبير عند أبي حنيفة، لأنَّه أسقط القصاص بشبهة الخطإ من حيث الآلة، وفيه شبهة الإباحة من الوجه الذي أشبهه، فلم يتمحَّض محظورًا، فتمحُّضه لانعدام شبه الخطإ من الفاعل. فأمَّا الأب يقتل ولده عمدًا، فلا خطأ في الفعل، ولا المحلِّ، فتمحَّض محظورًا، إلَّا أنَّ القصاص لم يجب؛ لأنَّه لا يستحقُّ قتل أبيه شرعًا لضرب احترامٍ اختصَّ به الأب في حقِّ الولد على ما بيَّنَّا في موضعه، لا[٤]

[١] «ص» (في الجملة).
[٢] «ص» (كالقتل).
[٣] «ص» (بما).
[٤] «ص» (إلا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أن يكون هناك شبهة إباحةٍ[١] بوجهٍ، فتمكَّن القتل محظورًا محضًا، ما فيه شبهة الإباحة. وكذلك المسلم يقتل المستأمن عمدًا لم يضمن الكفَّارة؛ لأنَّه عمدٌ محض ـ وإن لم يجب القصاص ـ؛ لأنَّه بعد الأمان حربيٌّ حكمًا، ولم يسقط عنه ذلك الاسم على ما بيَّنَّا في موضعه، فبقيت شبهة أن لا ضمان، وإن وجب الضَّمان بالأمان في دار الإسلام، فلم يجب معه ضمانٌ يسقط بالشُّبهات.

فأمَّا الفعل[٢] فمحظورٌ محض ما فيه شبهة إباحةٍ في دار الإسلام؛ لأنَّ الإباحة كانت بالمحاربة والأمان يضادُّها، فيرتفع بها؛ كالمرأة منهم لا يُباح دمها بوجهٍ لعدم المحاربة.

ووجه آخر من[٣] هذه المسألة خاصَّة أنَّ الكفَّارة شُرعت جزاءً على الفعل المحظور زاجرًا عنه على ما مرَّ، والقصاص كذلك عقوبةٌ شُرعت جزاء الفعل المحظور زاجرًا عنه على ما مرَّ، وإن شُرع بدلًا عن النَّفس المقتولة، فلمَّا كان السَّبب واحدًا لم يلزمه بإزائه جزاءان.

❁ فإن قيل: إذا حرم الفعل بسببين وجب جزاءان في مقابلة حرمتين، فإنَّ الوجوب بسبب الحرمة، لا بصورة الفعل.

❁ قلنا: نعم هذا جائز؛ ولكن القتل حرم بسببٍ واحدٍ، وهو كينونة المحلِّ غير قابلٍ لهذا الاستحلال شرعًا، إلَّا جزاءً على معصيةٍ[٤] غير أنَّ المحلَّ إنَّما

---

[١] «أ» «ن» (الإباحة)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (القتيل).

[٣] «ص» (في).

[٤] «ص» (لا جزاء على معصيتين).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CS CamScanner

صار غير قابلٍ لحلِّ القتل بحرمتين؛ حرمة الآدميِّ في نفسه حقًّا له، وحرمته حقًّا لله تعالىٰ لما عليه من أمانات الله تعالىٰ، [فصار غير قابلٍ لحلِّ القتل][١] إلَّا بمعصيةٍ. وإذا كان الفعل حرامًا بسببٍ واحدٍ، وهو أنَّه ليس بمحلٍّ له شرعًا كانت حرمته حرمةً واحدةً، فلم يجب به جزاءان.

بخلاف الدِّية؛ لأنَّها تقابل القتيل، لا القتل، فيبقىٰ القتل المحظور لا جزاء بإزائه، فجاز إيجاب الكفَّارة بإزائه إذا صلح سببًا لها بأن يكون محظورًا مباحًا.

ولأنَّ في النَّفس[٢] حقَّين لله تعالىٰ وللعبد، ثمَّ ما للعبد إذا ضمن به عقوبةً محضةً للعبد لا يضمن به ما يجب بخطئه، فكذلك ما [يجب][٣] لله تعالىٰ إذا ضمن به العقوبة المحضة لله تعالىٰ، وهو الوعيد المنصوص عليه لم يضمن به ما يجب بخطئه؛ لأنَّ الخطأ ضدُّ العمد شرعًا، فكذلك جزاؤها[٤].

وطريقةٌ ثالثة ذكرناها في ابتداء الكتاب: في أنَّ موجب العمد القصاص لا غير ما أمكن، وفي مسألة: أنَّ القطع والضَّمان لا يجتمعان بالسَّرقة.

فأمَّا الجواب عن تعلُّقه بالخبر فإنَّه ليس في الحديث أنَّ السُّؤال كان عن القتل إنَّما ذلك كان تأويل الرَّاوي، وليس في قولهم: استوجب النَّار نصٌّ علىٰ القتل؛ لأنَّ الكبائر كلَّها ممَّا يستوجب بها النَّار، إلَّا أن يعفو الله تعالىٰ.

قال الله في قطَّاع الطَّريق: ﴿ذَٰلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا ۖ وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ».

[٢] «ص» (النفسين).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ن» (جزاؤهما).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٣].

وكان الإعتاق إعتاق توبةٍ لا كفَّارةٍ، وهذا كما يؤمر التَّائب بالطَّهارة والصَّلاة تحقيقًا[١] للتَّوبة، ويحتمل القتل بخشبٍ عظيمٍ[٢]، فإنَّه يأثم به وعليه الكفَّارة.

والجواب عن الاستدلال: أنَّه غلط، لما ذكرنا أنَّ الكفَّارة لا تجب بالمحظور المحض بحالٍ، فتمحُّض القتل حرامًا لا يدلُّ على الوجوب؛ بل يدلُّ على النَّفي، وكان الوجوب في الخطإ متعلِّقًا بصفة الإباحة الثَّابتة بعذر الخطأ أكثر من تعلُّقه بالحظر الدَّال على معنى العقوبة؛ لما ذكرنا في كتاب اليمين أنَّ جهة العبادة في الكفَّارة أغلب، فيكون التَّعليق بالإباحة أكثر من تعلُّقه بالحظر الدَّال على معنى العقوبة.

وأمَّا المقايسات فباطلةٌ؛ لأنَّ الكفَّارات لا تؤخذ[٣] قياسًا، وفي هذا إثبات سبب الكفَّارة بالقياس، فإنَّ القتل العمد ـ وإن جانس الخطأ باسم القتل ـ فقد فارقه من حيث يتعلَّق به ضمان القتل فلا مشابهة بين القصاص والدِّية. وكذلك من حيث يتعلَّق به وجوب الكفَّارة خاصَّة؛ لما ذكرنا أنَّ حرمة العمد من حيث إنَّ المحلَّ غير قابلٍ لهذا الاستحلال وحرمة الخطإ؛ لأنَّه تناول حقَّ الغير كما في استحلال مال الغير؛ لأنَّ محلَّ فعله في حقِّه ما قصده بتحرِّيه، وذلك محلُّ الاستحلال، وما حرَّمه الشَّرع في نفسه غير ما حرَّمه لغيره. **ألا ترى** أنَّ جماع الأهل في رمضان ذاكرًا لصومه يوجب الكفَّارة، والزِّنا ناسيًا لصومه لا يوجب الكفَّارة؛ لأنَّ جماع الأهل حرامٌ لغيره ـ وهو الصَّوم ـ، والزِّنا حرامٌ في نفسه.

---

[١] «ص» (تخفيفا).

[٢] «ص» (الفعل بخشبة عظيمة).

[٣] «أ» «ن» (توجد)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

ولأنَّه قياس نصٍّ على نصٍّ ؛ ولأنَّه يزيد على النَّص .

ولأنَّه جعل الضَّمان في حقِّ العبد دليلًا على ضمان ما لله تعالى ، وهذا لا يستقيم إلَّا بعد أن يثبت[١] تعلقهما بسببٍ واحدٍ ، وتجانسهما في أنفسهما ، ولم يثبت ذلك .

على أنَّا قد بيَّنَّا أنَّ السَّبب مختلف فيهما[٢] ، وكذلك في أنفسهما ؛ لأنَّ ما لله جزاء القتل ، وما للعبد جزاء المقتول .

وأمَّا قولهم: فحقُّ الله تعالى لا يهدر بعد ما تلف ؛ فمسلم له ، والجزاء عليه لله تعالى في الآخرة ، وإنَّما عجَّل الله تعالى جزاء الكفَّارة عند خفَّة السَّبب ؛ ليكون تطهيرًا له بدون النَّار .

ولمَّا غلظ السَّبب سقط عنه الخفيف إلى الغليظ[٣] ؛ كالزِّنا من المحصن لمَّا غلظ سقط الحدُّ الخفيف إلى الغليظ .

ولأنَّ الحرمتين لا تظهران إذا جاء القتل العمد ـ لما ذكرنا ـ ، والقصاص جزاءٌ كاملٌ له ، فلا يجب غير ذلك .

|١٣٩٢| مسألةٌ: ولهذا لم يجب على الصَّبي الكفَّارة إذا قتل .

لأنَّها[٤] جزاء الفعل المحظور زجرًا له عن ذلك حقًّا لله تعالى ، والصَّبي لا

[١] «أ» «ن» (يبيِّن) ، والمثبت من «ص» .
[٢] «ص» (بينهما) .
[٣] «ص» (التخفيف إلى التغليظ) .
[٤] «أ» «ن» (لأنه) ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يخاطب بحكم الحظر حقًّا لله تعالىٰ.

ولم يجب علىٰ حافر البئر إذا مات في البئر إنسان؛ لأنَّه جزاء الفعل، والتَّلف لم يضف إلىٰ فعله علىٰ ما مرَّ.

فهذه مسائل لا تعرف إلَّا بعد معرفة سبب الحكم في نفسه، ومعرفة الواجب بصفته في أنَّه جبرانٌ أو عقوبة، أم عبادة، أم جامعة للوصفين، وأنَّه جزاء الفعل زاجرًا، أم جزاء التَّالف جابرًا[١]، أم مشتملًا عليهما جميعًا، وبالنَّاس غفلةٌ عن هذه الحدود، وزلَّةٌ في الكلام، وما التَّوفيق إلَّا بالله العظيم.

وأمَّا الجواب عن قتل الصَّيد، فإنَّه كفَّارة ارتكاب محظور الإحرام؛ لا كفَّارة القتل. ألا ترىٰ أنَّها تجب بإتلاف العضو والأخذ بلا قتلٍ، فلم يصحَّ الجمع.

ولأنَّ قتل الصَّيد[٢] واحد عمدًا كان أو خطأً لا يخلو عن معنىٰ الإباحة؛ لأنَّ الصَّيد في نفسه بين مباحٍ ومحظورٍ، فإنَّه مباحٌ بأصل الخلقة للنَّاس أجمعين، ومحظورٌ بأمنٍ ثبت له بالإحرام فصلح سببًا، وقتل الآدميِّ في نفسه بأصل الخلقة محظورٌ؛ لأنَّ المحلَّ لم يخلق مباح[٣] التَّناول، فلا تثبت الإباحة إلَّا بعارض سببٍ من خطإٍ، أو جنايةٍ يرتكبها.

❁ **فإن قيل**: إذا قتل رجلًا عليه قصاصٌ عمدًا لا كفَّارة عليه، وقد صار مباحًا من وجهٍ.

---

[١] «ص» (التلف جائزا).

[٢] «ص» (أخذ الصيد وقتله).

[٣] «أ» (عن مباح)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

❁ قلنا: لا إباحة[١] بوجوب القصاص؛ بل هو معصومٌ كما كان؛ إلَّا أنَّ للوليِّ قتله بحقِّه، لا بإباحةٍ؛ كما يستوفى الدَّين[٢] من ماله المعصوم بحقِّه، لا بصيرورة المال مباحًا، والله أعلم.

فَصْلٌ
أنواع الجناة والمجنيِّ عليهم[٣]

وهم أربعة أنواعٍ، قد مرَّ الكلام في جناية الحرِّ، وعليه ـ وهو الأصل ـ.

وبقي جناية: العبيد، والمدبَّرين، والمكاتبين، وعليهم.

[١] «أ» «ص» (الإباحة)، والمثبت من «ن».
[٢] «ص» (في الدين).
[٣] «أ» «ن» (الجناية والمجني عليه)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ
جناية العبيد وعليهم

قد ذكرنا أنَّهم في باب القصاص نفسًا بمنزلة الأحرار، وذكرنا مسألة دية العبد[١] في باب الدِّيات.

|١٣٩٣| **مسألةٌ**: جناية العبد على الآدميِّ إذا أوجبت[٢] المال صار العبد للمجنيِّ عليه جزاءً بجنايته[٣]، على أنَّ للمولى خيار[٤] النَّقل إلى الأرش؛ فيُخيَّر المولى بين الدَّفع بالجناية ـ كما وجب ـ أو الفداء بالأرش.

وقال الشَّافعي: حكم جنايته على الآدميِّ؛ كحكم جنايته على البهيمة[٥].

لما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنَّه قال: «عبيد النَّاس أموالهم وجراحاتهم في قيمهم»(٦).

ولأنَّ العبد رجلٌ لا عاقلة له؛ لأنَّ العقل بالقرابة، وقد انقطع حكمها

[١] «ص» (العبيد).

[٢] «أ» «ن» (أوجب)، والمثبت من «ص».

[٣] في «ص» زيادة: (والوجوب على المولى دون العبد، فيُقال للمولى عليك تسليم العبد بالجناية إلى وليِّ الجناية، إلَّا أن يختار الفداء بالأرش).

[٤] «أ» (جناية)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] في «ص» زيادة: (وإتلاف المال يُقال للمولى إمَّا أن تودي أو يُباع عليك العبد، ويكون الوجوب على العبد في الأصل).

(٦) رواه مصنف عبد الرزاق الصنعاني (١٨١٥٠) من طريق عمر بن عبد العزيز عن عمر بن الخطاب قال: «وعقل العبد في ثمنه مثل عقل الحر في ديته».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

[بالرِّقِّ][1] بالإجماع، فيجب أرش جنايته عليه؛ قياسًا علىٰ حربيٍّ مستأمن قتل رجلًا خطأً.

وهذا لما مرَّ أنَّ الأرش في الأصل كان ينبغي أن يكون علىٰ الجاني، كما في المال؛ ولكن عاقلة الرَّجل يحملونه مواساةً له بعذر خطئه، فإذا لم يجد العاقلة عاد الأمر إلىٰ الأصل، ولم يبطل لعدم العاقلة حقّ المجنيِّ عليه.

ولأنَّ الضَّمان يجب حقًّا للمجنيِّ عليه، وحقُّه واحد، سواء كان الجاني حرًّا أو عبدًا، فيجب الضَّمان واحدًا؛ كما في المال، ثمَّ الواجب بجناية الحرِّ الدِّية، فكذلك بجناية العبد، واعتبر بضمان العمد، وهو القصاص.

ولأنَّكم تقولون: الواجب بالجناية نفس العبد الجاني، لا شيء آخر؛ حتَّىٰ قلتم: إنَّ العبد [لو هلك قبل التَّسليم بطلت الجناية، ولم يكن علىٰ المولىٰ شيء، ولو أعتقه المولىٰ ـ وهو لا يشعر بالجناية ـ غرم قيمة العبد][2] بالاستهلاك، ولا شيء علىٰ العبد، وجعْلُ العبد[3] جزاء الفائت بالجناية مخالفٌ[4] للقياس من وجوه:

أحدها: أنَّ ضمان الإتلاف يجب في الذِّمم، وههنا لا يجب في ذمَّة أحدٍ شيء.

والثَّاني: أنَّ قدر الضَّمان يختلف باختلاف المتلف عليه، وعندكم العبد هو الواجب قلَّت الجناية أو كثرت، وقتل نفوسًا خطأً.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[2] ما بين [ ] ليس في «أ».
[3] «ص» (المولىٰ).
[4] «ص» (فخالف).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والثَّالث: أنَّكم تقولون: العبد لا يملك إلَّا بالتَّسليم، والملك في العين[١] إنَّما يتوقَّف علىٰ التَّسليم فيما هو هبةٌ، لا فيما هو عوضٌ، وقد جعلتم العبد عوض الفائت بالجناية.

ولعلمائنا مذهب علي(٢) وابن عباس رضي الله عنهم في هذه المسألة، وقول عمر رضي الله عنه لا يعارضهما، فإنَّ معنىٰ قول عمر: «وجراحاتهم في قيمهم» أي: الجراحات عليهم، ما فيها أروشٌ مقدَّرة؛ كما علىٰ الأحرار[٣]؛ بل تجب بقدر القيمة؛ كما في الأموال. ألا ترىٰ أنَّه علَّل بالماليَّة، وعلَّة الماليَّة تجعل الجناية علىٰ المال مضمونةً بالقيمة، لا جناية المال علىٰ غيره، فجناية المال هدرٌ؛ كجناية البهيمة.

والمعنىٰ في المسألة: أنَّ الواجب ضمان الدَّم بالمال، فوجب أن يفارق ضمان المال حقَّه؛ قياسًا علىٰ جناية الحرِّ خطأً، فإنَّها توجب الدِّية في[٤] ثلاث سنين، ولو كانت علىٰ المال لوجبت للحال. فلذلك[٥] لا يملكه الوليُّ إلَّا بعد القبض، حتَّىٰ لا تجب الزَّكاة ما لم يحل الحول بعد القبض، ولو كان ضمان مالٍ وجب مملوكًا لصاحبه بنفسه، وهذا لما ذكرنا أنَّ القياس: أن لا يضمن الدَّم بالمال أصلًا، وحيث[٦] ضمن مؤجَّلًا ضمن لكون المتلف دمًا.

وكذلك بالإجماع يجب علىٰ سبيل الصِّلة؛ حتَّىٰ لا تصحَّ الكفالة بالدِّية؛

[١] «أ» «ن» (المعنىٰ)، والمثبت من «ص».

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٧٢٣٢) من طريق عن الشعبي، عن الحارث، عن علي، قال: «تجري جراحات العبيد علىٰ ما تجري عليه جراحات الأحرار». ولم أقف علىٰ أثر ابن عباس رضي الله عنهما.

[٣] «أ» «ن» (الأحراز)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (علىٰ)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (وكذلك)، والمثبت من «ص».

[٦] «ن»، «أ» (وجبت).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كأنَّها لم تجب بعد، وحتَّىٰ لا تجب الزَّكاة فيها إلَّا بحول بعد القبض، كأنَّها هبةٌ.

بخلاف ضمان إتلاف المال وثمن المبيوع، وشبه بالكتابة التي لا تصحُّ بها الكفالة، ولا زكاة فيها إلَّا بحولٍ بعد القبض، لأنَّ المولىٰ لا يثبت له علىٰ عبده دينٌ علىٰ الحقيقة، إنَّما يثبت مطالبةً بالتَّسليم ليملك به بقدر انفكاك الحجر في حقِّ اليد والتَّصرُّف، فثبت أنَّ الدِّية تجب عوضًا للوليِّ، وصلةً للجاني؛ كأنَّه يهب شيئًا مبتدأً؛ لأنَّ كون المتلف غير[1] مال ينافي الوجوب عليه، وكون الدَّم ممَّا لا ينبغي أن يهدر لوجب الحقِّ للمتلف عليه، فأوجب الدِّية صلةً [في جانب المتلف عوضًا][2] في جانب المتلف عليه، بخلاف إتلاف المال.

ثمَّ كونه صلةً يمنع الوجوب علىٰ العبد؛ لأنَّه ليس بأهلٍ له. ألا ترىٰ أنَّه لا يستحقُّ عليه صلة الأقارب، ولا يملك أن يهب شيئًا إنَّما يؤمر بالكسب لينفق علىٰ نفسه وامرأته؛ لأنَّها بمنزلته شرعًا وإذا لم تجب عليه؛ لأنَّها صلةٌ ولا عاقلة له بالإجماع ـ فتجب علىٰ العاقلة ـ فولاية القرابة منقطعةٌ بالرِّقِّ، والمولىٰ ما اشتراه ليواليه ويعقل عنه، ولكن ليستخدمه، ولم تجب علىٰ العاقلة، والدَّم لا يمكن إهداره أوجب الشَّرع رقبة[3] العبد مقام الأرش؛ حتَّىٰ لا يكون الاستحقاق علىٰ العبد.

ولا ضمان في ذمَّة المولىٰ، فإنَّه ليس بعاقلة، وحتَّىٰ لا يهدر الدَّم ـ علىٰ ما مرَّ من قبل ـ أنَّ سبيل الدَّم أن يضمن بقدر الممكن حتَّىٰ لا يهدر بوجهٍ. وكان في حقِّ المولىٰ أخفَّ من الأرش؛ لأنَّه يبرأ عن المطالبة بهلاك العبد، وبدفعه،

---

[1] «أ» (عن)، «ن» (عين)، والمثبت من «ص».
[2] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[3] «ن»: (وفيه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وإن قتل[١] ألف نفسٍ، ومتىٰ كان الأرش أقلَّ كان له أن يختار الأرش، فيتخلَّص عن الزِّيادة[٢].

ومثل هذا جائز فإنَّه كان في شريعة يوسف ويعقوب عليهما السلام أخذ السَّارق بالسَّرقة جزاءً علىٰ سرقته، علىٰ ما قال الله تعالىٰ: ﴿مَن وُجِدَ فِي رَحۡلِهِۦ فَهُوَ جَزَآؤُهُۥ﴾ [يوسف: ٧٥] وإنَّه لمَّا جاز ذلك شرعًا في الحرِّ، ففي المملوك أولىٰ.

وكان هذا أولىٰ من قولهم بالتَّسوية[٣] بين ضمان المال والنَّفس وجوبًا، وإيجاب الدِّية علىٰ العبد في ذمَّته، وذمَّته لا تقبل ضمان الصِّلة، فإنَّا[٤] جعلنا نفسه جزاءً، ونفسه تقبل التَّملك صلةً وغير صلةٍ، ولهذا لم يملك إلَّا بالتَّسليم؛ كالزَّكاة والهبة، وكلُّ سببٍ يوجب الملك صلةً.

ولهذا لم يختلف باختلاف الجناية؛ لأنَّ رقبته لا تحتمل [الزِّيادة والنُّقصان، ولو لم تحتمل][٥] هذا ـ وأثبتنا[٦] اختلاف المقدار ـ لأدَّىٰ إلىٰ السُّقوط؛ لأنَّ ذمَّته لا تحتمل الصِّلات، فكان هذا أهون من القول بما يوجب السُّقوط أصلًا.

إلَّا أنَّا نقول: إن شاء المولىٰ فدىٰ بالأرش؛ لأنَّ الأرش هو الواجب الأصليُّ في جانب المجنيِّ عليه، ولعدم من يلزمه الأرش أقمنا العبد مقامه، وإذا

---

[١] «ص» (فإن قيل).

[٢] «ص» (الزيادة دية).

[٣] «أ» «ن» (في التسوية)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (وإنما).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» «ن» (رأسًا)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

حمل المولىٰ ذلك الأصل زالت الضَّرورة وصحَّ حمله؛ لأنَّه يظهر ملكه بذلك، فيصير ذا حقٍّ فيه. ألا ترىٰ أنَّ له الخيار في دينٍ يلحق العبد أن يعطي من مكانٍ آخر.

وإنَّما قلنا: يضمن بالإعتاق قبل العلم؛ لأنَّه منع التَّسليم إليهم، وقد وجب ذلك، فكان كمن أتلف نصاب الزَّكاة، فإنَّه يضمن للفقراء قدر الواجب، وإن لم يصر ملكًا لهم.

والمسألة مشكلةٌ علينا لا ينال فقه علمائنا إلَّا بجدٍّ تأمُّل؛ ولكن بعد التَّأمُّل كان ما ذهبنا إليه أقيس وأحقُّ، وما قاله أظهر.

وقد ذكر بعض مشايخنا أنَّ الواجب الأصليَّ هو الأرش علىٰ المولىٰ، وله التَّخليص[١] بالدَّفع، والرِّواية بخلاف هذا في غير موضعٍ، فقد نصَّ محمَّد بن الحسن: أنَّ الواجب هو العبد.

ولأنَّ المولىٰ ليس بجانٍ ولا عاقلةٍ ـ علىٰ ما مرَّ ـ فلا يلزمه.

ولأنَّا متىٰ جعلنا الواجب هو الأرش علىٰ المولىٰ بحكم أنَّه عاقلته لم يبق له خيار الدَّفع؛ لأنَّه يبطل حقَّ الوليِّ عن الأرش إلىٰ العبد، فلا يملك إلَّا باختياره؛ كما لو كان الجاني حرًّا، وله عاقلة.

وإنَّما يستقيم ذلك إذا جعل الواجب هو العبد، لضرورة أن لا يهدر حقُّ الوليِّ بعدم من يلزمه الأرش الذي هو الأصل، فيملك المولىٰ اختيار الأرش الذي فيه حياة حقِّه الأصلي؛ لأنَّه تصرَّف علىٰ نفسه، فيبطل حقُّه في العبد حكمًا لزوال الضَّرورة، والله أعلم.

[١] «ص» (المخلص).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣٩٤| مسألةٌ: فإن اختار المولىٰ الأرش ـ وهو مفلسٌ ـ صحَّ الاختيار عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يصحُّ.

لأنَّ الاختيار من المولىٰ بمنزلة الحوالة، فقد تحوَّل به الحقُّ عن العبد إلىٰ ذمَّته.

والإفلاس عندهما ينقض الحوالة الثَّابتة إذا لم يرض به صاحب الحقِّ، فيمنع ثبوتها.

وعند أبي حنيفة: لا إفلاس إلَّا بعد الموت بغير شيءٍ، ولا ينقض الفقر عنده حوالةً ثابتةً، وكذا لا يمنع الثُّبوت، والله أعلم.

|١٣٩٥| مسألةٌ: عبدٌ حفر بئرًا علىٰ الطَّريق، فوقع فيها إنسانٌ، فمات، وأعتقه الوليُّ، وهو يعلم بالجناية وضمن الدِّية، ثمَّ مات فيها ثانٍ وثالث= لم يضمن شيئًا؛ ولكنَّهما يضاربان الأوَّل، كلُّ واحدٍ منهما بنصف القيمة، والأوَّل بكلِّ الدِّية، وهو قول أبي حنيفة.

وقال صاحباه: يضمن المولىٰ للثَّاني نصف القيمة، وللثَّالث السُّدس، تمام ثلثي القيمة، فيكون بينهما نصفان.

وجه قولهما ظاهرٌ؛ وذلك لأنَّ الحافر إنَّما يضمن من مات في البئر بالحفر السَّابق بمنزلة من رمىٰ، فأصاب واحدًا بعد واحدٍ، إلَّا[١] أنَّ الحافر يُضاف إليه

[١] «ص» (ألا ترىٰ).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

التَّلف بالتَّسبيب[١] ، والرَّامي بالمباشرة ، فيصير الموتىٰ[٢] ـ وإن تعاقبوا ـ بمنزلة الموجودين جملةً ؛ لأنَّ الحكم يُضاف إلىٰ سببه ، ويصير كالموجود عنده ، والسَّبب واحدٌ . ألا ترىٰ أنَّ المولىٰ لو أعتق العبد قبل الوقوع أو باعه ، ثمَّ وقع فيها إنسانٌ ضمن المولىٰ القيمة ؛ كما لو كان مات قبل الإعتاق والمولىٰ لا يشعر به ، وإذا كان كذلك صارت مسألتنا . كما لو مات في البئر ثلاثةٌ ، والمولىٰ علم بواحدٍ ، وأعتق العبد ، وضمن لوليِّه الدِّية ، ثمَّ علم بالباقين= فإنَّه يضمن لهما ثُلثي القيمة ، فيصير مختارًا في حقِّ الذي علم مستهلكًا في حقِّ من لم يعلم ، فكذلك هذا . وكذلك لو لم يعتق ؛ ولكن اختار الدِّية ، ثمَّ وقع فيها آخر دفع إليه نصف العبد ، فيضمن نصف القيمة بعد العتاق .

ولا يلزم إذا أعتق المولىٰ وهو لا يعلم بالواقع ، فغرم له القيمة ، [ثمَّ][٣] وقع آخر لم يضمن [له][٤] شيئًا . وشارك الثَّاني الأوَّل في القيمة ؛ لأنَّ القيمة بدل العبد ، فيصير دفع القيمة بمنزلة دفع العبد ، ولو دفع العبد برئ عن جنايته ؛ لأنَّ الشَّرع جعل عينه جزاء جنايته ، لا ضمان علىٰ المولىٰ سواه إلَّا باختياره ، أو استهلاكه العبد ، والدَّفع ليس من ذلك ؛ بل خروجٌ عن حكم الجناية ، فيصير كأنَّ العبد لم يكن في ملكه ، فأمَّا الدِّية فبدلٌ عن المقتول ، فلا يصير دفعه كدفع العبد .

وأبو حنيفة يقول : إنَّ جناية الحفر تقديرها[٥] ما ذكرتم ؛ ولكن إنَّما يُخاطب المولىٰ بحكم تلك الجناية بسبب الملك ، فحين حفر العبد ـ وهو في ملكه ـ

---

[١] «ص» (بالسبب) .

[٢] «أ» (المولىٰ) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٥] «ص» (تعدىٰ) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

انعقد الحفر سبب ضمانٍ يخاطب المولىٰ به متىٰ مات فيها إنسانٌ ، فلمَّا مات تمَّ سبب الضَّمان ، فلمَّا أُعتق العبد وأدَّىٰ الدِّية برئ عنه ، وصار كأنَّه لم يكن مالكًا له فيما مضىٰ في جناية الحفر بخروجه عن عهدته بأداء الضَّمان ؛ كمن غصب شيئًا ، فأدَّىٰ ضمانه ، أو أتلفه ، فأدَّىٰ ضمانه . فلمَّا مات[١] فيها آخر مات ولا ملك للحال ؛ ليصير المولىٰ مخاطبًا بها بالملك القائم ، وقد برئ عن عهدة الملك الماضي ، فلم يجز[٢] أن يخاطب به ؛ لأنَّ البراءة بالأداء في حكم البراءة بعدم سبب الضَّمان . فأمَّا إذا أعتقه قبل الضَّمان فما برئ عن عهدة الملك الثَّابت له حين الحفر وبعده ، فإنَّ العبد بعد الموت فيها يصير قاتلًا بتسبيبه بالحفر ، وقد انعقد سببًا في ملكه .

وبخلاف ما إذا لم يعتقه ؛ لأنَّ الملك قائمٌ عند الموت فيها ، وقيام الملك في حقِّ المولىٰ ؛ كقيام الحفر في حقِّ الحافر ، فيخاطب به ما بقي الملك .

قال: وسبيله سبيل من أخرج ظبيةً[٣] من الحرم ، فأرسلها في الحلِّ فولدت ، ثمَّ ماتا جميعًا ضمن الأمَّ والولد جميعًا .

وبمثله لو أدَّىٰ جزاءها ، ثمَّ ولدت ، لم يضمن الولد ، ولو لم يرسلها ، وأدَّىٰ الجزاء ، ثمَّ ولدت= ضمن الولد أيضًا .

لأنَّ الإخراج من الحرم سبب ضمانٍ ، واليد سبب ضمانٍ أيضًا ، فإذا أرسلها زالت اليد ، وبقيت العبرة للإخراج السَّابق ، فلمَّا أدَّىٰ الجزاء سقطت جناية

---

[١] «ن» (فلمات) .

[٢] «ص» (يجب) .

[٣] «ص» (طينا) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

الإخراج بأداء الجزاء وصار؛ كأنَّه لم يخرجهما فلا يضمن الولد، وإذا لم يؤدِّ الجزاء لم يسقط فضمن الولد، وإذا لم يرسلها ضمن، وإن أدَّىٰ الجزاء؛ لأنَّ اليد بعد الجزاء جنايةٌ قائمةٌ. فكذلك الملك في حقِّ المولىٰ في مسألتنا بعد أداء الدِّية سببٌ للخطاب قائمٌ، فلا يخرج عن العهدة بأداء ضمان جنايةٍ قبل ذلك، وإذا سقط الملك بقيت العبرة لما مضىٰ، وقد برئ عنه بأداء الضَّمان.

وهما: لم يعتبرا الملك سببًا للضَّمان؛ بل قالا: السَّبب كلُّه الحفر السَّابق، ويتَّصل الخطاب بالمولىٰ بالملك القائم عند الحفر لا غير، وأداء[١] الضَّمان إبراء المولىٰ عن ضمان الميِّت في البئر؛ لأنَّه أداء[٢] ضمان الميِّت؛ لا ضمان الحفر، فبقي الحفر جنايةً كما كان، فإذا مات آخر ضمن. كما لو أدَّىٰ جزاء صيد الحرم، والصَّيد في يده، فولدت= ضمن[٣] الولد أيضًا. ولا يبرأ بالضَّمان؛ لأنَّ اليد جنايةٌ دائمةٌ بعد أداء الضَّمان، وكما لو لم يعتق العبد بنا ما حاجة[٤] إلىٰ قيام ملك المولىٰ في العبد عند الوقوع.

ولا يلزم إذا هلك العبد، ثمَّ مات فيها إنسانٌ، فإنَّ المولىٰ لا يضمن شيئًا، فإنَّه لو مات فيها إنسانٌ، ثمَّ هلك العبد بعد ذلك لم يكن علىٰ المولىٰ شيءٌ علىٰ ما مرَّ، أنَّ جنايته في رقبته لا تتَّصل بالمولىٰ؛ إلَّا إذا اختار أو استهلك العبد بتصرُّفه، وقد استهلك في مسألتنا هذه، ثمَّ بعد الاختيار أو الاستهلاك يتَّصل بالمولىٰ بالملك القائم عند الجناية، وذلك عند الحفر.

[١] «ن» (وإذا).

[٢] «ن» (وإذا)، «ص» (أدىٰ).

[٣] «أ» «ن» (ضمان)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (العبد ما حاجة بناء).

CamScanner المسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

|١٣٩٦| **مسألةٌ:** إذا اغتصب رجلٌ عبدًا فقتل عنده[١] قتيلًا خطأً، ثمَّ ردَّه فقتل عند المولىٰ[٢] آخر، فاختار المولىٰ الدَّفع بالجنايتين جميعًا، رجع علىٰ الغاصب بنصف القيمة[٣]، ودفعها إلىٰ وليِّ الجناية الأولىٰ، ثمَّ رجع بنصف القيمة، فسلمت له عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمَّد: لا حقَّ لوليِّ الجناية في نصف القيمة.

لأنَّ المولىٰ إنَّما يرجع علىٰ الغاصب بقيمة النِّصف الذي استحقَّ بالجناية عند الغاصب، لا بما استحقَّ بالجناية التي عند المولىٰ، ووليُّ تلك الجناية قد أخذ نصف العبد بتلك الجناية، فلا يكون له حقٌّ في بدل ذلك النِّصف؛ كما لو لم يجن[٤] عند المولىٰ، ودفع كلَّ العبد إلىٰ وليِّ الجناية، ورجع بالقيمة علىٰ الغاصب= سلمت له، ولم يكن للوليِّ حقٌّ في القيمة.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ العبد ليس بذي نصفين بين المولىٰ ووليِّ الجناية؛ لأنَّه أولىٰ بالعبد وبدله ما لم يصل إليه كلُّ حقِّه إذا لم يختر المولىٰ الفداء[٥]، وإنَّما يزاحمه وليُّ الجناية الثَّانية، فلمَّا سقط حقُّه، وبقيت العبرة بين المولىٰ وبين وليِّ الجناية الأولىٰ، وحقُّه في الكلِّ، والكلُّ لم يسلم له، وقد خلف عن العبد بدلٌ ثبت حقُّه فيه، حتَّىٰ يستوفي الكلَّ. ولم يكن للمولىٰ معه محاجَّة أن هذا البدل من النِّصف المدفوع إليه؛ لأنَّ حقَّ المولىٰ أولىٰ من حقِّه في العبد كلِّه وبدله، فلا

---

[١] «أ» (عبده)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (عبدا لمولىٰ)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (قيمة العبد).

[٤] «أ» (يجيء)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» (العبد)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

معنىٰ للمحاجَّة بالمناصفة.

وهذا كما قالوا في عبدٍ بين اثنين أذنا له في التِّجارة، فلحقه دينٌ مائة درهم، وغاب أحد المولِيين، وخاصم الغريم المولىٰ الحاضر، وبيع نصيبه بمائةٍ كان الكلُّ للغريم، ولم يكن له أن يقول: إنَّ دينك في النِّصفين جميعًا، فليس لك في نصفي إلَّا خمسين درهما.

لأنَّ الغريم يقول: أنا أولىٰ من المولىٰ بثمن كلِّ العبد ما لم يصل إليَّ تمام حقِّي، فلا منازعة للمولىٰ معي في حقِّي، وما العبد بنصفين في حقِّي.

|١٣٩٧| **مسألةٌ**: قال أبو حنيفة: جناية العبد المغصوب علىٰ الغاصب وماله هدر إذا لم يوجب قصاصًا، وعلىٰ المغصوب منه، وماله مُعتبرٌ.

وقال صاحباه: علىٰ عكس هذا.

لأنَّ السَّبب الذي كان به هدرًا علىٰ المالك[١] قبل الغصب باقٍ، وهو ملكه، والذي كان به معتبرًا في حقِّ الغاصب قائمٌ، وهو عدم الملك.

وإنَّما قلنا: إنَّه الملك؛ لأنَّ الجناية متىٰ أوجبت مالًا كان العبد مستحقًّا به، والعبد للمالك، فلا يتصوَّر استحقاقه ثابتًا[٢] بالجناية، ويتصوَّر للغاصب، وكذلك الدَّين[٣] يستحقُّ به ماليَّة العبد، وهي للمالك؛ لا للغاصب.

ولا معنىٰ لقولكم: إنَّ الجناية لو اعتبرت علىٰ الغاصب ـ وأخذ بها[٤] ـ

---

[١] «ص» (الملك).
[٢] «أ» (ثابتا به)، والمثبت من «ن»، وليست في «ص».
[٣] «أ» (الذي).
[٤] «أ» «ن» (به)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

رجع المولىٰ عليه ؛ كما لو أخذ بجناية علىٰ غير الغاصب ، فلا يفيد ؛ لأنَّ الغاصب يأخذ العبد بعينه بالجناية ، والمولىٰ إنَّما يرجع عليه بضمان الغصب لا بعين ما صار للغاصب ، فكان مفيدًا من حيث إنَّ الضَّمانين مختلفان سببًا ، ومختلفان عينًا .

وكذلك استهلاك المال يوجب ضمانًا غير ضمان الغصب ، وربَّما استهلك حنطةً فيضمن الحنطة ، وضمان الغصب دراهم ، وإذا اتَّفق[١] جنس الدَّينين وجبا لاختلاف السَّببين ، ثمَّ تساقطا بالمقاصَّة .

والدَّليل علىٰ أنَّ المولىٰ يرجع عليه بضمان الغصب ـ لا بضمان الجناية ـ: أنَّ العبد متىٰ استحقَّ من المولىٰ بجناية عند[٢] الغاصب صار كأن لم يرده ؛ لأنَّ يد المولىٰ استحقَّت[٣] بسببٍ كان عند الغاصب ، ولمَّا صار كأنَّه لم يرده بقي عليه ضمان الغصب .

والدَّليل عليه مسائل ذكرها في الزِّيادات:

منها: أنَّ العبد[٤] إذا غصب عبدًا ، فجنىٰ المغصوب عنده[٥] جنايةً ، ثمَّ ردَّه علىٰ المولىٰ ، فأُخذ بالجناية قيل لمولىٰ العبد الغاصب: إمَّا أن تؤدِّي قيمة العبد الآخر ، أو يُباع عليك عبدك ، وهو حكم ضمان الغصب ، لا حكم[٦]

---

[١] «ص» (اختلف) .

[٢] «أ» (عبد) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] «أ» «ن» (استحق) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «ص» (العبد الغاصب) .

[٥] «أ» «ن» (عبده) ، والمثبت من «ص» .

[٦] «ص» (ضمان) .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

الجناية ؛ بل[١] حكم الجناية أن يُقال: إمَّا أن تدفع العبد [أو تفدي بالأرش][٢].

وكذلك يجب ضمان قيمة العبد المغصوب يوم غصبه ؛ كما لو لم يردَّه وهلك عنده[٣]، ولو رجع بضمان الجناية لرجع بقيمته يوم دفع بالجناية.

فإن لم تسلِّموا، وقلتم: «إنَّه قول أبي يوسف ومحمَّد» لم يضرنا ؛ لأنَّا ندفعكم بهذا القول، والدَّفع صحيحٌ بمذهب الخصم وحده.

وقال في الزِّيادات: قال أبو حنيفة: لو أنَّ حرًّا أمر عبدًا فقتل إنسانًا، فدفع به رجع المولىٰ علىٰ الآمر بقيمة العبد في ماله حالًّا، لأنَّه بالاستعمال بالأمر يصير غاصبًا، وقد جنىٰ في غصبه وأُخذ به ؛ فصار كأنَّه لم يردَّه فيضمن ضمان الغصب، فيكون في ماله حالًّا، ولو كان ضمان جنايةٍ لوجب علىٰ العاقلة[٤] مؤجَّلًا ؛ كما لو قتل العبد خطأً. وكما لو أمر صبيًّا فقتل إنسانًا، وضمن عاقلة الصَّبي الدِّية= رجعوا علىٰ عاقلة الآمر بالدِّية مؤجَّلة، ولم يكن في مال الآمر حالًّا ؛ لأنَّ الضَّمان ضمان جناية ؛ لأنَّ الحرَّ لا يضمن بالغصب والاستعمال.

ولا يلزمنا ما قلنا: فيمن غصب عبدًا يساوي عشرين ألفًا فقتل حرًّا، فدفع به رجع المولىٰ علىٰ الغاصب بعشرة آلاف إلَّا عشرة دراهم، ولو رجع بضمان الغصب لرجع بعشرين ألفًا، وذلك لأنَّ المولىٰ يمكنه الخلوص[٥] عن ضمان الجناية بالفداء بعشرة آلافٍ إلَّا عشرةٍ، فتلك الزِّيادة فوَّتها علىٰ نفسه باختياره، فلم يكن

---

[١] «ص» (لأن).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (عبده)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (العاقل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (التخلص).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

له الرُّجوع على الغاصب، ولم يبطل الرَّدُّ بقدره، وبطل بقدر ما صار مضطرًّا إليه.

ولأنَّ الغاصب إنَّما يضمن ثانيًا؛ لأنَّه رده مشغولًا بشغل الجناية، والواجب عليه الرَّد سليمًا، فلم يجز أن يضمن بفوات الرَّدِّ بشغل الجناية أكثر ممَّا يضمن لحقيقة الجناية، فصار هذا ضمان غصبٍ وجب، فلم يرد على الدِّية لاعتبار سبب الوجوب، وثبت سائر الأحكام التي قلنا، لأنَّه ضمان غصبٍ.

ولا معنى لقولكم: إنَّ حاصل الضَّمان على الغاصب، وإنَّه يملك بأداء الضَّمان من وقت الغصب، فتصير جنايته على الغاصب جنايةً على مالكه؛ وذلك لأنَّ الغاصب لا يملكه بهذا السَّبب؛ لأنَّ الضَّمان بسبب الفوات الثَّابت بشغل العبد بالجناية، أو الدَّين لا بسبب عين العبد، فلا يفيد ملك العين. ألا ترى أنَّ العبد المغصوب إذا جنى أو استهلك مالًا، فقضى الغاصب الضَّمان[١] لم يملكه.

وكذلك إذا جنى فأدَّى الغاصب أرشه؛ لأنَّا نعتبره[٢] بضمان الجناية، وقضاء الدَّين؛ لأنَّ سببه الجناية والدَّين، فكذا إذا لم يؤدِّ حتَّى أخذ من المولى، ورجع على الغاصب.

قالا: وقد ترك أبو حنيفة قوله في العبد المرهون ـ إذا كانت[٣] قيمته مثل الدَّين، فجنى على الرَّاهن ـ كان هدرًا، ولو جنى على المرتهن كان هدرًا، ولو كانت[٤] قيمة العبد ألفين، والدَّين ألفًا، وجنى[٥] على المرتهن، فإن اختار

---

[١] «ص» (الدين).

[٢] «أ» (نعتبر)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (كان)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (كان)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (وجب)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

المولى الفداء فدى بنصف الأرش، وهدر نصف المضمون، وإن اختار الدَّفع دفع كلَّ العبد، ولا يهدر شيءٌ منه.

ولأبي حنيفة: أنَّ حاصل ضمان هذا العدوان على الغاصب، فلا يفيد اعتباره حقًّا له، ولم يكن على المولى، فأفاد حقًّا له. ألا ترى أنَّا قبل الغصب لا نعتبر جنايته على المولى؛ لأنَّه لا يفيد واعتبره[١] على غيره؛ لأنَّه يفيد فكانت العلَّة المهدرة عدم الفائدة لا الملك. ألا ترى أنَّا نقتل[٢] العبد بالمولى قصاصًا؛ لأنَّه مفيدٌ[٣]، حيث استحقَّ روح العبد به، وما لَه حقٌّ في روحه قبل الجناية، وإذا أوجب المال أهدر؛ لأنَّ المال من العبد كان له قبل الجناية، فلا يفيد.

ولأنَّ العبد من حيث إنَّه نفسٌ مخاطبةٌ، وحيٌّ غير مملوكٍ للمولى على ما مرَّ، والجناية صارت مضمونةً بهذا الوصف لا بكونه مالًا، فإنَّ جناية المال هدر؛ كالبهائم المملوكة، وإذا كان كذلك صارت الجناية مضمونةً؛ كما على الأجنبيِّ، ولكن لا يُعتبر؛ لأنَّه لا يفيد متى وجب للمولى؛ لأنَّه يستوفى من ملكه؛ كمن زوَّج عبده أمته، لا يظهر وجوب المهر.

ولا إشكال أنَّ الشَّرع لا يرد بما لا يفيد، وإنَّما الشَّأن في إثباته.

فالدَّليل عليه: أنَّ الإتلاف لو حصل[٤] على غيرهما[٥] كان حاصل الضَّمان على الغاصب، فإنَّه وإن ردَّ العبد، ثمَّ أخذ بالجناية رجع المولى عليه بضمان

[١] «أ» «ن» (واعتبر)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (لا نقتل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (يفيد).
[٤] «ن» (حصلت).
[٥] «ص» (غيرها).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الجناية ؛ وذلك لأنَّ الرَّدَّ بحقِّ الغصب قد وجد ولم يفت ؛ لأنَّ الرَّدَّ إنَّما ينتقض إذا استند الاستحقاق إلىٰ الجناية ، وإنَّه ليقتَصر علىٰ الحال ؛ لأنَّه لا يملك إلَّا بالقبض ، وإنَّما يوجد عند المولىٰ .

وإنَّما ضمن الغاصب بقدر ما لم يردَّ ، وهو أنَّه ردَّه مشغولًا بضمان الجناية ، وكان عليه الرَّدُّ سليمًا[١] ، فيضمن ذلك القدر ، وهو ما يبرئه عن ضمان الجناية والدَّين ، وذلك بأداء ضمان الجناية والدَّين ؛ كما لو أدَّىٰ قبل الرَّدِّ .

ولهذا لا يملك عين العبد بذلك الأداء ، فإنَّه لو ملك لهدرت الجناية علىٰ الغاصب علىٰ قولهما ، وكذلك المولىٰ لا يرجع إلَّا بعشرة آلافٍ غير عشرةٍ ، وإن كانت قيمة العبد أكثر منها .

فأمَّا الجواب عن قوله: إنَّه يفيد ؛ لأنَّه يأخذ العين[٢] ويردُّ شيئًا آخر ، فلا كذلك ؛ لأنَّ عليه ردَّ ما يفوت بالجناية ، فمتىٰ صار الفائت عينًا كان عليه ردُّ العين ؛ إلَّا أنَّه متىٰ صار لغيره عجز عنه ، فيردُّ قيمته ، ومتىٰ كان له لا يعجز ، فيلزمه ردُّ عينه .

وأمَّا مسائل الزِّيادات فقد قيل: إنَّها علىٰ قولهما .

وقيل أيضًا: إنَّ الخلاف المنصوص عليه في إتلاف مال الغاصب دون نفسه .

وذكر في الزِّيادات: قتل العبد المغصوب للغاصب ، وجعله معتبرًا ، ولم يذكر اختلافًا ، فإن كان كذلك سهل الأمر لما قالاه: إنَّه في باب الجناية يرجع المولىٰ عليه بضمان الغصب دون الجناية ، فلا يكون حاصل ضمان الجناية علىٰ

---

[١] «أ» (تسليما) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٢] «أ» «ن» (ألفين) ، والمثبت من «ص» .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

الغاصب، فيعتبر عليه؛ كما قبل الغصب، وفي المال حاصل ضمان المال عليه؛ لأنَّ[١] ضمان الغصب ضمان مالٍ، وحيث[٢] ردَّه[٣] مشغولًا بضمان المال؛ فكأنَّه لم يردَّ قدر المستحقِّ منه [مالًا][٤].

ثمَّ الجواب أنَّ العبد الغاصب إنَّما يضمن بغصبه[٥]؛ لأنَّا ذكرنا أنَّ الرَّدَّ لم يحصل بقدر شغل الجناية، فيبقى ضمان الغصب عليه، لكن الشُّغل ضمان الجناية، ولمَّا لزمه ضمان الجناية بالغصب لا بالجناية كان في حكم ضمان الغصب، فبيع[٦] به. وهذا لأنَّه متى لزمه بسبب الغصب لم يصر عينه جزاءً به؛ بل وجب في ذمَّته، فإنَّ كينونة العبد جزاءً مخصوصةٌ بالجناية على الإنسان، ومتى وجب ضمان الجناية في الذِّمَّة بيع به؛ كما يُباع بسائر الدُّيون. ألا ترى أنَّ المكاتب إذا جنى، وقضي عليه بضمان جنايته مالًا، ثمَّ عجز= بيع به؛ لأنَّ المال صار في الذِّمَّة بالقضاء، وإن كان ضمان جنايةٍ.

وكذلك قالوا في المأذون: إنَّ العبد المأذون إذا اشترى جاريةً فافتضَّها[٧]، ثمَّ استحقَّت ضمن العُقر للمستحقِّ، ويُباع به، وإن لم يكن العُقر دين تجارةٍ؛ لأنَّه وجب بسبب الشِّراء، وهو تجارةٌ، فكان له حكم ضمان التِّجارة، ولو تزوَّج[٨]

---

[١] «ص» (لا).
[٢] «ص» (وجب).
[٣] «ن» (رد).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (بعضه)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ص» (فيتبع).
[٧] «ص» (فأقبضها).
[٨] «أ» (زوج)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

امرأةً ، فوطئها حتَّىٰ وجب العُقر= لم يبع به[١]. فكذلك ضمان الجناية متىٰ وجب ـ بسبب الغصب ـ كان في حكم ضمان الغصب يُباع به ، وكذلك تُعتبر قيمة العبد المدفوع بالجناية يوم الغصب ، لما ذكرنا أنَّ الرَّدَّ لم يحصل بقدر الشُّغل بالجناية ، فيكون عليه ضمان الفائت بالجناية بسبب الغصب ، ولمَّا ضمن بسبب الغصب اعتبرت القيمة يوم الغصب.

ولهذا قال أبو حنيفة ـ فيمن أمر عبدًا فقتل إنسانًا ـ: إنَّ الضَّمان يجب عليه في ماله ؛ لأنَّه يصير غاصبًا بالاستعمال ، فيكون ضمان الجناية عليه بسبب غصبه ، فيكون له حكم ضمان الغصب ، لا حكم ضمان الجناية علىٰ ما قلنا. وأمَّا العبد المرهون إذا جنىٰ علىٰ الرَّاهن فهدر ؛ لأنَّ الجناية حصلت من العين ، وعين الرَّهن أمانة ما[٢] علىٰ المرتهن حاصل ضمان العين ، وعين المغصوب مضمون علىٰ الغاصب.

وأمَّا إذا جنىٰ علىٰ المرتهن وقيمته مثل الدَّين كان هدرًا ، وإن كانت الجناية من العين ؛ لأنَّ المعنىٰ مضمون عليه [والمعنىٰ في العين فبأيِّ وجهٍ يؤخذ المعنىٰ صار المعنىٰ مأخوذًا ، فيكون عليه][٣] ويسقط به الدَّين ، فلو جعلنا الجناية من العين معتبرةً لتعدَّىٰ ذلك إلىٰ المعنىٰ ، وإنَّه فيه بمنزلة الغاصب في حقِّ المعنىٰ.

وأمَّا إذا كانت قيمة الرَّهن ألفين والدَّين ألفًا ، وجنىٰ[٤] علىٰ المرتهن ؛ فإن اختار الفداء كان النِّصف هدرًا ؛ لأنَّ نصفه مضمونٌ لا غير ، وهذا صحيحٌ. وأمَّا

---

[١] «ص» (بيع به).

[٢] «ص» (فما).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (وجبا) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إذا اختار الدَّفع دفع الكلَّ؛ فلأنَّه لو دفع النِّصف بطل الرَّهن في الثَّاني؛ لأنَّه مشاعٌ، والبطلان يوجب اعتبار الجناية في الكلِّ، فلذلك[١] اعتبره ابتداءً على الثُّبوت بعد سقوط الضَّمان وبطلان الرَّهن.

❁ فإن قيل: إنَّ العبد بنفسه يصير جزاء الجناية على ما مرَّ، فكيف يستقيم أن يجب على المولى ذلك لمولاه؟

❁ قلنا[٢]: صار ما يجب على المولى في حكم العدم. ألا ترى أنَّ الغاصب يلزمه من الابتداء ردُّ العبد سليمًا عن شغل الجناية، فصار قدر الشُّغل عليه[٣]، فيقوم إذاً مقام المولى في التزام ضمان الشُّغل ابتداءً، لا حوالةً على[٤] المالك. كالخفِّ يقوم مقام الرِّجل في قبول حكم الحدث؛ لا على سبيل البدل عن الرِّجل. وإذا قام مقامه صحَّ الإيجاب عليه، وبطل الإيجاب له، وكذلك لما وجب عليه وهو عاجزٌ عن تسليم العبد وجبت قيمته؛ كالمولى إذا عجز عن الدَّفع بالاستهلاك بحيث لم يصر مختارًا.

فهما[٥]: يجعلان الضَّمان الذي يرجع به المولى على الغاصب إذا دفع العبد بالجناية ضمان الغصب ثابتًا بسبب شغل العبد بالجناية، وإنَّه مُعتبر بالجناية.

وأبو حنيفة يجعله ضمان الجناية ثابتًا بسبب الغصب.

ودليلهما[٦]: أنَّ الرَّدَّ قد استحقَّ بسببٍ كان عند الغاصب؛ لأنَّ ضمان

---

[١] «أ» (فكذلك)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «ص» زيادة (لمـَّا كانت الجناية لا تقر إلا على عين المولى).
[٣] «ص» (علة).
[٤] «أ» «ن» (عن)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (فيهما)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ص» (ودليله).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الجناية يجب بالجناية، والدَّفع خروجٌ عنه[١]، فيُضاف إلىٰ سببه، فصار كأنَّه لم يرد، وأخذ العبد[٢] من يدي الغاصب.

ودليل أبي حنيفة: أنَّ الرَّدَّ إنَّما يفوت بأخذ العبد، والعبد صار لوليِّ الجناية بسببٍ عند[٣] المولىٰ، وهو تسليمه إليه، فإنَّ الجناية جعلت العبد لوليِّ الجناية علىٰ طريق الهبة؛ لأنَّه يتمُّ بالقبض؛ وكما في الدِّية علىٰ ما ذكرنا. وإذا كان تمام سبب الملك بالتَّسليم لم يستند الحقُّ عمَّا قبل[٤] تمامه؛ بل اقتصر عليه، ولمَّا اقتصر علىٰ التَّسليم كان الاستحقاق علىٰ المولىٰ بسببٍ كان عنده، وهو التَّسليم؛ لأنَّ الحكم المتعلِّق[٥] بوصفين يُضاف إلىٰ آخرهما وجودًا، إلَّا أنَّ الغاصب يضمن مع هذا لعدم ردِّ السَّلامة، وذلك بشغل[٦] الجناية، فبقي عليه بالغصب قدر ما لم يوجد من الرَّدِّ، فقولهما أظهر، وهذا أحقُّ، والله أعلم.

وقولهما: إنَّ الضَّمان واجبٌ، فنعم؛ كوجوب الزَّكاة والعشر بسببيهما[٧]؛ ولكن الحقَّ لا يثبت للفقير إلَّا بالتَّسليم مقصورًا عليه؛ كما لو تصدَّق عليه بغير واجبٍ علىٰ ما بيَّنَّا[٨] في كتاب الزَّكاة بلا خلافٍ بين أصحابنا، فكذلك ههنا، ويكون الواجب علىٰ الحقيقة تتميم سبب الملك بالتَّسليم، فيكون الواجب عليه فعلٌ في العين؛ لا نفس العين.

---

[١] «أ» «ن» (منه)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (اليد)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» بلا نقط.
[٤] «ن» (قيل)، ولم تضبط في «أ»، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (المعلق).
[٦] «أ» (شغل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «ص» (بسببهما).
[٨] «ص» (شاء).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

[١٣٩٨] مسألةٌ: رجلٌ فقأ عيني عبد ضمن كمال القيمة، وله الجثَّة.

وقال الشَّافعي: الجثَّة للمولىٰ(١).

فإن شاء المولىٰ أن يمسك الجثَّة لم يكن له شيءٌ من نقصان العمىٰ[٢] عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: يأخذ منه نقصان العمىٰ.

أمَّا الشَّافعي فإنَّه يقول: إنَّ الواجب واجبٌ بسبب الجناية علىٰ الآدميِّ، فيكون بإزاء الفائت دون الباقي؛ كما لو فقأ عيني[٣] حرٍّ، فإنَّه يأخذ منه كمال الدِّية، وجثَّته له. وهذا لأنَّ الآدميَّ مخصوصٌ عن الأموال بأن جعل لأبعاضه بدل كلِّه إذا أتلفت مقصودة[٤]، وكذلك ضمان الإتلاف مخصوصٌ بالمتلف دون الباقي.

ولا يُقال: بأنَّه إتلافٌ للكلِّ، فإنَّه لو وجب الضَّمان بإزاء الكلِّ لكان إذا أمسك الجثَّة ضمَّنه[٥] قدرَ العمىٰ؛ كما في خرق الثَّوب، وعند أبي حنيفة ليس كذلك.

والدَّليل علىٰ أنَّ الأطراف لا تُعتبر بالمآل أنَّ العبد إذا أقرَّ علىٰ نفسه بالسَّرقة قطعت يده، ولو أقرَّ المولىٰ عليه بالسَّرقة لم يقطع؛ كما في النَّفس. وكذلك إذا أقرَّ العبد بالزِّنا حدَّ جلدًا، وإنَّه فيما دون النَّفس، ولو أقرَّ المولىٰ عليه لم يصحَّ؛

(١) لم أقف عليه.

[٢] «ص» (العين).

[٣] «أ» «ن» (لو وقع علىٰ)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (أتلف مقصوده)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (أمسكه ضمن).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

كأنَّه حرٌّ والمولىٰ أب، ولما[١] اعتبر بالجناية علىٰ الحرِّ كان للواجب حكم ضمان الجنايات علىٰ النُّفوس دون الأموال علىٰ ما مرَّ في المسألة الأولىٰ، فأوجب الفقء[٢] كمال بدل النَّفس بإزاء العينين دون الجثَّة؛ كما في الحرِّ.

إلَّا أنَّ أبا حنيفة يقول إنَّا نسلِّم بأنَّ الضَّمان بإزاء الفائت ـ لما[٣] ذكرت ـ غير أنَّ حكم الماليَّة لا يمكن إهدارها في الطَّرف، فإنَّها إنَّما أهدرت في ضمان النَّفس لما ذكرنا في مسألة ضمان النَّفس، وإنَّه زائلٌ في حقِّ الأطراف، ولمعنىٰ أنَّ الماليَّة في أجزاء الصُّورة، والأجزاء معتبرةٌ في ضمان الأطراف علىٰ ما مرَّ، غير معتبرةٍ[٤] في ضمان النَّفس؛ [كما][٥] قبل الاسترقاق.

ولمَّا كانت الأجزاء[٦] معتبرة، وصارت مالًا بالاسترقاق، لم يمكن إسقاط جهة الماليَّة في ضمانها، ولمَّا لم تكن الأجزاء معتبرةٌ في ضمان النَّفس، ولا ماليَّة فيما وراء الأجزاء= بقي[٧] ضمان النَّفس علىٰ ما كان، ما فيه من حكم الماليَّة شيءٌ.

ولهذا جوَّزنا أن يزاد بدل طرف العبد علىٰ دية الحرِّ، فيكون الواجب ضمان مالٍ وجب بالجناية علىٰ الآدميِّ، ولمَّا كان ضمان مالٍ لم يمكنه أخذ كمال القيمة

[١] «ص» (ولو).
[٢] «ص» (النفي).
[٣] «ص» (كما).
[٤] «أ» (معتبر)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] «أ» (كان الجزاء)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «أ» (ففي)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

مع إمساك الأصل؛ كمن غصب شاةً فقطع[١] رجلها ضمن كمال القيمة، وكانت له الجثَّة.

بخلاف الحرِّ، فإنَّه لا ماليَّة فيه، ولم يجز اعتباره بضمان الأموال بحالٍ.

[١] «أ» «ن» (بقطع)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْـــلٌ[١]

ثمَّ قال أبو يوسف ومحمَّد: لمَّا وجب الاعتبار بضمان المال في حقِّ المقابلة، ومن حكم المال أنَّ المالك بالخيار إن شاء سلَّم البقيَّة[٢]، وأخذ كمال القيمة، وإن شاء أمسكها، ورجع بالنُّقصان[٣]؛ فكذا هذا.

وقال أبو حنيفة: إنَّ هذا القول يوجب سقوط حكم الجناية عن[٤] الآدميِّ، فمن حكمها أن لا يتوزَّع كمال بدل النَّفس على النَّفسِ والفائتِ من الطَّرف؛ بل يكون بإزاء الفائت لا غير، وفيما قاله الشَّافعي إسقاط حكم أنَّه ضمان مالٍ، ولا بدَّ من الجمع بينهما، ليظهر حكم السَّبب في أنَّه جنايةٌ، وحكم البدل في أنَّه مال.

ألا ترى أنَّ العبد إذا قطع طرف عبدٍ دفع به؛ كما لو جنى على حرٍّ، بخلاف ما إذا أتلف مالًا.

فنقول: بحكم أنَّه وجب[٥] بجناية على الآدميِّ لا يجب متوزِّعا؛ بل يجب بإزاء الفائت، وبحكم أنَّه بدل مال لم يكن له أن يأخذ كلَّ بدل العينين[٦] مع إمساك الأصل؛ بل قيل له: من شرط استيفائك هذا الضَّمان أن تزيل الجثَّة عن ملكك ليكون قولًا بالشَّبهين.

---

[١] «أ» (مسألة).

[٢] «ص» (النفس).

[٣] «ن» (بالقصان).

[٤] «أ» «ن» (على)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (إنه وجب بحكم أنه جناية).

[٦] «ص» (العين).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ومثاله: رجلٌ هشم قُلب آخر، فإنَّه يضمن النُّقصان، ولكن المالك لا يملك استيفاءه[١] إلَّا بتسليم القلب إليه، ويضمِّنه كمال القيمة من خلاف جنسه؛ لأنَّ الصِّياغة[٢] ـ وإن كانت متقوِّمةً حقًّا للمالك ـ فالشَّرع ما جعل لها قيمةً منفردةً عن الأصل، ولها قيمة متَّصلة بالأصل، وكذلك ما جعل لها قيمةً من جنسها، وإنَّما جعل لها القيمة من خلاف جنسها.

بخلاف سائر الأموال، فإذا أراد أخذ قيمة الفائت لم يمكنه إلَّا بشرطه، وهو مع الأصل من خلاف جنسه.

فكذلك في مسألتنا هذه جنايةٌ علىٰ الآدميِّ؛ لكنَّها بخلاف سائر الجنايات من حيث [إنَّ][٣] الواجب وجب بدل مالٍ، لا بدل نفسٍ، فقيل له: قد وجب لك كلُّ ضمان النَّفس بإزاء الفائت[٤] بحكم الجناية غير متوزِّع علىٰ الفائت والباقي؛ لكن لاستيفائه شروط ضمان المال، وهو أن لا يسلم لك الأصل مع كلِّ الضَّمان= فإن شئت أتيت بالشَّرط، وأخذت الحقَّ، وإن شئت أبطلت حقَّك بإعدام الشَّرط.

فالخصم سوَّىٰ بين النَّفس والطَّرف علىٰ ما هو الأصل عنده، فأخذ قدر الضَّمان من الأموال، والمقابلة من النُّفوس، ونحن مررنا علىٰ أصلنا، فألحقنا الطَّرف بالأموال، وضمان النَّفس بالأحرار، والله أعلم.

---

[١] «أ» (استيفاء)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (الصناعة).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (النفس).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٣٩٩| مسألةٌ: العبد إذا جنىٰ علىٰ مولاه عمدًا، وله وليَّان، فعفا أحدهما= هدرت[١] الجناية عند أبي حنيفة ومحمَّد.

وقال أبو يوسف: تنقلب مالًا، فيُقال للعافي: ادفع نصف نصيبك إلىٰ الآخر، أو افده بربع الدِّية.

لأنَّها انقلبت مالًا عند العفو، وملكهما متفرِّقٌ فيه[٢]، فلا يهدر؛ كما لو جنىٰ جنايةً مبتدأةً.

وكما لو قتل مدبَّرٌ[٣] مولاه عمدًا، وله وليَّان، فعفا أحدهما= سعىٰ[٤] في نصيب الآخر.

وكما لو كان في التَّركة موصىٰ له بالثُّلث، فإنَّ الجناية لا تهدر في نصيبه.

إلَّا أنَّه يؤمر بالفداء بربع الدِّية؛ لأنَّ نصف القصاص سقط[٥] شائعًا، ويبقىٰ النِّصف، نصفه في[٦] نصيب العافي، ونصفه في[٧] نصيب الذي لم يعف، فيهدر نصف العافي، فيبقىٰ للآخر حقُّه في الرُّبع.

ولهما: أنَّ العبد موروثٌ لهما، والدِّية التي تجب موروثةٌ[٨]، والورثة فيما

---

[١] «ن» (هدر).

[٢] «ص» (وملكها متفرق فيه).

[٣] «ص» (مدبرة).

[٤] «ص» (بيع).

[٥] «ص» (يصير).

[٦] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» «ن» (موروث)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

يرثون يخلفون[١] الميِّت في قديم الملك ؛ كأنَّهم هو ، من غير اختلاف حكمٍ في حقِّ المورث ـ علىٰ ما عرف في موضعه ـ ، وإذا كان كذلك لم يستقم[٢] الإيجاب لإيجاد حكم الملك في الدَّين والعبد ، كما لو كان الوارث واحدًا .

فأمَّا الموصىٰ له بالثُّلث فيملك ملكًا مبتدأً . ألا ترىٰ أنَّ ملكه يرتدُّ بالرَّدِّ[٣] ولو كان بقاء لما ارتدَّ ؛ كملك الوارث .

وكذلك الموصىٰ له إن وجد عيبًا به ـ وقد كان الميِّت اشتراه ـ لم يملك الرَّدَّ بالعيب ، والوارث ملكه .

بخلاف المدبَّر ؛ لأنَّ الواجب للورثة ، وإنَّما يجب علىٰ حرٍّ ؛ لا علىٰ مالٍ موروث ، فلم يتحدَّ[٤] ، والله أعلم .

❊ ❊ ❊

[١] «أ» «ن» (يحلفون) ، والمثبت من «ص» .
[٢] «أ» (لم يستقم به) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٣] «أ» (يرد بالرق) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٤] «ص» (يتجدَّد) .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

فصل[1] المدبَّر

|١٤٠٠| مسألةٌ[٢]: المدبَّر إذا قتل قتيلًا خطأً، ودفع المولىٰ القيمة إلىٰ وليِّه بغير قضاءٍ، ثمَّ قتل آخر خطأً= يخيَّر الثَّاني إن شاء ضمن المولي نصف قيمته، ورجع المولىٰ علىٰ الأوَّل، وإن شاء ضمن الأوَّل عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: لا سبيل له علىٰ المولىٰ، وكذلك لو كان القتلان بحفر بئرٍ.

لأنَّ جناية المدبَّر لا توجب إلَّا القيمة عينًا، فالمولىٰ دفع إلىٰ الأوَّل عين[٣] الواجب له، فيصير كما لو دفع بقضاء؛ كما لو كان العبد قنًّا ودفعه.

وهذا كالرَّدِّ بحكم خيار[٤] الرُّؤية والشَّرط، يستوي بقضاءٍ[٥] وبرضًىٰ؛ لأنَّه عين الواجب، وكذلك الرُّجوع في الهبة.

وله: أنَّ جناية المملوك إذا أوجبت المال كان عين الواجب عين المملوك علىٰ ما مرَّ، إلَّا أنَّ المولىٰ في مسألتنا يضمن قيمته بأن منعهم حقَّهم بالتَّدبير، لا علىٰ سبيل اختيار الفداء، فلا يكون دفع القيمة من المولىٰ إيفاءً لعين الواجب؛ بل إيفاءً لغير[٦] الواجب، وإقامته[٧] مقام الواجب.

---

[١] «ص» (مسألة).

[٢] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (عيني)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (بخيار).

[٥] «ص» (نقصا).

[٦] «ص» (لعين).

[٧] «ص» (بإقامته).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فإن كان بقضاءٍ صحَّ في حقِّ النَّاس أجمع[١]، فيصير كما لو دفع العبد، وإن كان برضًى لم يصحَّ في حقِّ غيرهما، فإن شاء الثَّاني رضي بتلك الإقامة[٢]، فاتَّبع الثَّاني[٣] لبراءة[٤] المولىٰ بقيام القيمة مقام العبد، وإن شاء لم يرض فاتَّبع المولىٰ؛ كأنَّه بعدُ لم يدفع القيمة إلىٰ الأوَّل.

وكان بمنزلة الرَّدِّ بالعيب بعد القبض برضًى، فإنَّه يكون بيعًا جديدًا في حقِّ غير المتعاقدين؛ لأنَّ حقَّ المشتري في الجزء الفائت بالعيب لا في الرَّدِّ؛ إلَّا أنَّ البائع لمَّا عجز عن تسليم ذلك الجزء نقله الحقُّ إلىٰ الفسخ ليتوفَّر حقُّ المشتري ببدل ذلك الجزء من الثَّمن، لأنَّه هو البدل في حقِّهما[٥]، ولم يصحَّ ردُّ حصَّته قصدًا، فنقل إلىٰ الفسخ ليردَّ الكلَّ، فيصل إليه ما خصَّ الوصف تبعًا لذلك. فإن كان النَّقل بقضاءٍ صحَّ في حقِّ النَّاس أجمع، وإن لم يكن بقضاءٍ صحَّ في حقِّهما لا غير.

بخلاف ما إذا دفع[٦] عين العبد؛ لأنَّه عين الواجب، فيستوي القضاء وغيره، والله أعلم.

|١٤٠١| **مسألةٌ[٧]**: تشتمل علىٰ مسائل من القسمة اختلف فيها أبو حنيفة وصاحباه مضاربةً ومنازعةً.

---

[١] «أ» (أجمعين)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «ص» (القيمة).
[٣] «ص» (الأول).
[٤] «ص» (أبرأه).
[٥] «أ» (حقها)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ص» (وقع).
[٧] «ص» (مسائل).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

مدبَّرٌ قتل قتيلًا خطأً وقتل آخر عمدًا، وله وليَّان، فعفا أحدهما فدفع المولىٰ القيمة، كانت القيمة عند أبي حنيفة بين وليِّ الخطأ والذي لم يعف أثلاثًا، علىٰ طريق العول[١] والمضاربة.

وعندهما: أرباعًا علىٰ طريق المنازعة. وكذلك لو كان القاتل عبدًا ودفعه[٢] المولىٰ بالجنايتين.

ومسألة ثالثة[٣]: عبد بين اثنين أذنا له في التِّجارة، ثمَّ أدانه أحدهما مائة وأجنبي مائة، ثمَّ بيع العبد بمائة قسمت بين المولىٰ الذي أدان، وبين الأجنبيِّ عند أبي حنيفة أثلاثًا علىٰ [طريق][٤] العَوْل[٥].

وعندهما: أرباعًا علىٰ [طريق][٦] المنازعة.

وثلاث مسائلِ علىٰ عكس هذا.

دار ادَّعاها رجلٌ وآخر نصفها، وأقاما البيِّنة= قسِّمت بينهما أرباعًا علىٰ المنازعة عند أبي حنيفة،

وعندهما أثلاثًا علىٰ العول.

وكذلك: رجلٌ أوصىٰ لرجلٍ بعبدٍ بعينه ولآخر بنصفه، ومات= كان العبد

---

[١] «أ» «ن» (القول).

[٢] «أ» «ن» (ودفع)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (ثانية).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (القول)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بينهما أرباعًا عند أبي حنيفة على المنازعة.

وعندهما: أثلاثًا على [العول][١].

وكذلك: إذا أوصى لرجلٍ بنصف ماله، ولآخر بالثُّلث، ولآخر بالجميع، وأجاز الورثة= كانت القسمة وراء الثُّلث على المنازعة، فيسلِّم النِّصف لصاحب الجميع بلا منازعةٍ، والسُّدس لصاحب النِّصف، والثُّلث يكون بينهم لاستوائهم في المنازعة عند أبي حنيفة.

وعندهما[٢]: تكون القسمة على المضاربة بضرب صاحب الجميع بالجميع ستَّة أسهمٍ، وصاحب النِّصف بثلثه، وصاحب الثُّلث بسهمين، فينقسم بينهم [على أحد عشر سهمًا.

وكذلك عندهم يقسم الثُّلث هكذا إن لم يجز الورثة الوصيَّة.

وعند أبي حنيفة: يقسم الثُّلث بينهم أثلاثًا][٣]، والله أعلم.

ومسائل فيها اتِّفاقٌ على العول:

الوصايا إذا ازدحمت في الثُّلث؛ كالثُّلث والرُّبع والسُّدس.

وسهام أصحاب الفرائض إذا ازدحمت في التَّركة، كالنِّصف والسُّدس والثُّلثين.

والتَّركة إذا ضاقت عن الدُّيون.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٢] «ص» (وعندهم).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وكذلك الوصايا بألوفٍ مرسلةٍ لأناسٍ[١] إذا ضاق الثُّلث عنها.

وكذلك العبد يقتل رجلًا خطأً ويفقأ عين آخر خطأً، فدفعه[٢] المولىٰ إليهما، أو كان مدبَّرًا فدفع القيمة= كانت القسمة أثلاثًا علىٰ العول.

ومسألةٌ فيها اتِّفاقٌ علىٰ المنازعة: عبدٌ باعه فضولي بألف، ثمَّ باع من آخر نصفه بخمسمائة، فأجاز المولىٰ البيعين جميعًا، واختار المشتريان الأخذ= كانت القسمة بينهما أرباعًا علىٰ المنازعة.

وذكر في الزِّيادات: رجلٌ مات ولم يترك وارثًا إلَّا امرأته، وأوصىٰ لها بجميع ماله، وأوصىٰ لأجنبيٍّ بجميع ماله، فإن للأجنبيِّ الثُّلث أربعةٌ من اثني عشر، وللمرأة الرُّبع سهمان بالإرث، يبقىٰ ستَّةٌ يضرب فيها للأجنبيِّ بثمانيةٍ، وللمرأة بستَّةٍ.

وهذه مسألةٌ نحتاج إليها لأبي حنيفة علىٰ ما نذكر.

أمَّا أبو يوسف ومحمَّد فإنَّهما ذهبا إلىٰ الأصل أنَّ السِّهام إذا ثبتت شائعة، وضاق المحلُّ عن الكلِّ كانت القسمة علىٰ العول.

كسهام الوصايا إذا اختلفت في الثُّلث، والألوف المرسلة، والتَّركة تضيق عن الدُّيون؛ لأنَّها إذا ثبتت شائعةً لم يسلم جزءٌ من المحلِّ لواحدٍ منهم إلَّا وزاحمه الآخر بسهمه الشَّائع ـ قلَّ قدره أم كثر[٣] ـ، فيكون معه مضاربًا بسهمه[٤]،

[١] «أ» (لا بأس)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (فدفع)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (علىٰ قدره قل أم كثر).

[٤] «ص» (بسهم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وإذا ثبتت منقسمة لم يجز استيفاؤها شائعةً؛ بل يسلم ما فرغ عن صاحب النِّصف لصاحب الكلِّ لعدم المزاحمة منه بنصفه في النِّصف الذي لا حقَّ له فيه. كما إذا ادَّعىٰ رجلٌ جميع الدَّار، والآخر نصفًا عينًا منها[١]، وأقاما البيِّنة، وهذا أصلٌ[٢] صحيحٌ ظاهرٌ.

فقالا: إنَّ العبد إذا قتل رجلًا خطأً، وقتل آخر عمدًا له وليَّان، صار العبد نصفين في حقِّ القصاص، فلمَّا عفا أحدهما فرغ نصفه بالعفو عن الواجب، ولا حقَّ لأخيه معه فيه، ففرغ لوليِّ الخطأ نصف العافي، فسلم له بلا منازعةٍ، والنِّصف الآخر استوت فيه منازعتهما، فيكون بينهما.

فهذا فراغ معرفة[٣] حكمًا واعتبارًا، فنعتبره بفراغٍ ثابتٍ حسًّا وعينًا في الدَّار علىٰ ما مثَّلنا. وكذلك لو كان مدبَّرًا، واختار المولىٰ دفع القيمة؛ لأنَّها قائمةٌ مقام العبد لو كان بحيث يدفع. وكذلك العبد[٤] بين اثنين أذنا له في التِّجارة، فأدانه[٥] أجنبيٌّ مائة درهم، وأحد الموليين مائة درهم؛ لأنَّ العبد في حقِّ هذا المولىٰ نصفان نصفه له ونصفه لشريكه، ودينه لا يثبت في نصيبه، فيسلم[٦] للأجنبيِّ بلا منازعةٍ، والنِّصف الآخر استويا فيه ثبوتًا، فيكون بينهما.

وكانت هذه المسائل بمنزلة مسألة الزِّيادات حيث أوصىٰ لأجنبيٍّ بجميع

---

[١] «ص» (فيها).

[٢] «ص» (علىٰ أصل).

[٣] «ص» (يعرفه).

[٤] «أ» (العقد)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «أ» «ن» (فأدان)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (فسلم)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ماله، ولامرأته بجميع ماله، فإنَّ المال في حقِّ المرأة الوارثة بعضان[١]، بعضٌ اشتغل بوصيَّة الأجنبي، وبعضٌ فارغٌ، والوصيَّة للوارث لا تصحُّ بالمشغول بحقِّ وارثٍ أو موصىً له، وتصحُّ بالفارغ، وفي حقِّ الأجنبيِّ الكلُّ واحدٌ، فإنَّه يستحقُّ الثُّلث، سواءً كان هناك وارثٌ أو موصىً له أو لم يكن.

فلمَّا صار قسمين في حقِّ وصيَّة المرأة سلَّم قدر ما هو محلُّ وصيَّة الأجنبيِّ [دونها للأجنبيِّ][٢] بلا مزاحمةٍ، واستويا فيما بعد نصيبها من الإرث؛ لأنَّ الزِّيادة على الثُّلث لا تصحُّ للموصى له إلَّا بالفراغ عن حقِّ الغير؛ كأصل الوصيَّة[٣] للوارث، فيتضاربان بعد ميراثها الرُّبع.

قالا: وأمَّا إذا ادَّعى رجلٌ نصف الدَّار، والآخر الجميع وأقاما البيِّنة، فصاحب النِّصف أثبت لنفسه نصفًا شائعًا في الكلِّ، فلا يسلم شيءٌ لصاحب الجميع فإنَّه يزاحمه فيه بنصفه، كأصحاب الفرائض في التَّركة، فإنَّ لكلٍّ سهمًا شائعًا من غير انقسامٍ بوجهٍ. وكذلك أصحاب الوصايا في الثُّلث، وأصحاب الدُّيون في التَّركة.

وعلى هذا إذا أوصى لرجلٍ بعبدٍ [بعينه][٤] ولآخر بنصف ذلك العبد، فإنَّ الوصيَّة الثَّانية صحيحةٌ، ولا تندفع بالأولى[٥]، حتَّى لو أوصى له بالكلِّ استويا، فلمَّا أوصى له بالنِّصف، وقد سمَّى نصفًا شائعًا لم يسلم شيءٌ من العبد لصاحب

---

[١] «ص» (في حق الورثة نقصان).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (الهبة)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «أ» «ن» (بالأوَّل)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الكلِّ بلا مزاحمةٍ.

وكذلك إذا أوصىٰ لرجلٍ بثلث ماله، ولآخر بنصف ماله؛ لأنَّ لكلِّ واحدٍ منهما سهمًا شائعًا من جملة ماله وصحَّ الإيجابان جميعًا، كما لو أوصىٰ بثلث ماله لرجلٍ ولآخر بربع ماله؛ لأنَّ الوصيَّة إذا لم تكن مضافةً إلىٰ عين مالٍ لم يتعلَّق بالمال صحَّتها، وتصحُّ وإن لم يكن له مالٌ أصلًا. وتكون بمنزلة إيجاب الله السِّهام للورثة، فيكون تصرُّفًا في الوارث[١] لا في المال؛ حتَّىٰ يصير بذلك الإيجاب وارثًا أو بمنزلته في الوصيَّة، وإنَّما يتناول المال عند الموت، وإذا لم يتعلَّق بالمال صحَّة[٢] الإيجاب، لم تمتنع صحَّته لمكان الزِّيادة علىٰ الثُّلث؛ لأنَّ الامتناع لحقِّ الورثة، وحقُّهم في المال المتروك، والإيجاب صحيحٌ بدون المال، وإنَّما الاستيفاء يتَّصل بالمال؛ كما في الدُّيون، والألوف المرسلة.

فيحتاج إلىٰ إجازتهم لتمام الاستيفاء، لا لتمام الوجوب، فإن أجازوا أخذ الموصىٰ له بالنِّصف نصف المال كاملًا، والآخر الثُّلث، وإن لم يجيزوا لم يبق لهم حقُّ الاستيفاء ممَّا زاد علىٰ الثُّلث، فيبطل الإيجابان في حقِّ الأخذ فوق الثُّلث الذي هو حقُّهم. فأمَّا نفس الإيجاب فكان صحيحًا غير متناول حقِّهم، فلا يبطل بردهم؛ بل يضيق محلُّ الاستيفاء عن الاستيفاء كمَلًا، فيتضاربون بسهامهم شائعةً؛ كما ثبتت شائعة، فيبطل قولكم: إنَّ المضاربة لا تصحُّ بوصيَّةٍ مفسوخةٍ؛ لما ذكرنا أنَّ شيئًا من الإيجاب لم ينفسخ. كما لا ينفسخ إذا كانت في الثُّلث، فأوصىٰ لرجلٍ بثلث [ماله][٣]، ولآخر بالرُّبع[٤]، ولآخر بالسُّدس، فإنَّ الورثة

---

[١] «أ» «ن» (للوارث)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (صحته)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (بربع)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إن أجازوا أخذوا من جميع التَّركة السِّهام كملًا ؛ تسعةً[١] من اثني عشر ، وإن لم يجيزوا [ذلك][٢] تضاربوا بها في الثُّلث.

ولا يلزم[٣] مسألة الجامع: إذا باع فضوليٌّ عبد غيره من رجلٍ بألف ، [وباع][٤] من آخر نصفه بخمسمائةٍ ، ثمَّ أجاز المولىٰ البيعين [جميعًا][٤] ، كانت القسمة بينهما علىٰ المنازعة ؛ لأنَّ البيع يصير سبب استحقاقٍ عند الإجازة والعبد نصفان عندهما[٥] في حقِّ مشتري الكلِّ ، نصف فارغ عن شراء الآخر ، ونصفٌ مشغولٌ ، فيسلَّم له النِّصف الفارغ بلا منازعةٍ.

بخلاف الوصيَّة بكلِّ العبد ونصفه ؛ لأنَّ الوصيَّة ـ وإن كانت تجب عند الموت في حقِّ العبد ـ ففي حقِّ الموصىٰ له نافذ حال ما أوصىٰ[٦] ، حتَّىٰ صار ممَّن[٧] يخلفه في العبد بالنِّصف أو الكلِّ[٨]. وكانا فيه بمنزلة أصحاب الوصايا المرسلة في الثُّلث ، فلمَّا لم يعتبر العبد في جانب خلافة الموصىٰ له الميِّت ، واستحقاق العبد بسبب الخلافة لم يبن الاستحقاق علىٰ كون العبد عند الموت نصفين ، فأمَّا الاستحقاق بالشِّراء ، فلا يبتنىٰ إلَّا علىٰ نفاذه في العبد.

وكانت الوصيَّة [في العبد][٩] بمنزلة العبد يقتل رجلًا خطأً ، ويفقأ

[١] «ص» (سبعة).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (يلزمه) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (عبدهما) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ص» (نافذ للحال).
[٧] «أ» «ن» (من) ، والمثبت من «ص».
[٨] «أ» (أولىٰ لكل) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٩] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

عين[١] آخر خطأً، فإنَّه يكون بينهما أثلاثًا، وإن كان العبد يستحقُّ عند التَّسليم إليهما، فكلٌّ واحدٍ لو انفرد أخذ كلَّه، ولم يستويا؛ لأنَّهما يأخذان العبد بدلًا عمَّا فوَّت عليهما من نفسٍ أو عينٍ؛ حتَّىٰ لو عاد العين بطل الحقُّ، والعين نصفٌ من النَّفس علىٰ سبيل الشُّيوع، وإنَّما يأخذان العبد استيفاءً لبدل الواجب لهما، فكانت القسمة أثلاثًا، وإن كان كلٌّ واحدٍ منهما لو انفرد أخذ كلَّ العبد بناءً علىٰ أصل الواجب[٢]؛ لا علىٰ الحال.

وكذلك مسألة دعوىٰ مطلق الملك في الدَّار؛ لأنَّ الاستحقاق بناءً علىٰ سببٍ قديمٍ، وإنَّما القضاء للحال إيفاءً فينظر إلىٰ التَّسمية، وإنَّما يسمَّىٰ نصفًا شائعًا، والآخر كلًّا من غير مقاسمة بوجهٍ، فلم يسلم شيءٌ منه لصاحب الكلِّ، فخرجت المسائل كلُّها بلا تناقضٍ علىٰ أصلهما.

ولأبي حنيفة: أنَّ الأصل متَّفقٌ عليه، وهو أنَّ السِّهام إذا ثبتت شائعةً استوفيت كذلك، وإذا كانت منقسمةً استوفيت كذلك، وإذا ازدحمت في محلِّ الاستيفاء بُدئ بالأقوىٰ، ولم يقع التَّعارض بينهما؛ حتَّىٰ يستويان[٣] وجوبًا، هذا كلُّه لا إشكال فيه.

فنقول: إذا عرفنا ـ هذا ـ أن العبد أو المدبَّر إذا قتل رجلًا خطأً، وقتل آخر عمدًا له وليَّان، فعفا أحدهما كانت القسمة أثلاثًا؛ لأنَّه لا انقسام ولا أنصاف في حقِّ وليِّ الخطإ، فإنَّه لولا العفو لكان يدفع العبد إليه بجنايته، ثمَّ يقتل، فلمَّا كان حقُّه مقدَّمًا علىٰ العمد استيفاءً، صار في حقِّه كأنَّ القصاص لواحدٍ، وعفي عن

[١] «أ» (عن)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «ص» (الوجوب).
[٣] «أ» «ن» (يستوي)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

النِّصف، فيبقىٰ له نصفٌ شائعٌ واجبٌ علىٰ التَّأكُّد؛ مثل ما وجب للأوَّل.

وكما لو قتل العبد قتيلًا خطأً، وفقأ [عين آخر][١] خطأً، ودفع المولىٰ، فإنَّ القسمة تكون أثلاثًا؛ للاستواء في سبب الوجوب، وثبوت النِّصف شائعًا.

وكذلك مسألة المأذون؛ [لأنَّ العبد][٢] في حقِّ الغريم الأجنبيِّ، كأنَّه لمالكٍ واحدٍ، ولا أنصاف له في حكم دينه وحقِّ المالكين، بدلالة أنَّ حقَّ الغريم مقدَّمٌ علىٰ حقِّهما في الملك. ألا ترىٰ أنَّه لو لحق العبد دين مائةٍ ـ وهو يساوي مائتين ـ فغاب أحد الموليين، وبيع نصيب الحاضر بمائةٍ= كانت كلُّها للغريم.

ولم يكن له أن يقول: إنَّ دينك في نصف العبد شائعٌ، نصفه لي، ونصفه لشريكي فليس لك أن تأخذ من نصيبي إلَّا نصف الدَّين.

لأنَّه يقول: أنا مقدَّمٌ عليكما[٣]، فلا تظهر الأنصاف في حقِّي كما في المسألة الأولىٰ، وصار في حقِّي حقُّكما؛ كأنَّ العبد كلُّه لك، وبيع نصفه بالدَّين، فسُلِّم كلُّه لي، ولا يبقىٰ البعض في النِّصف الآخر في حقِّي.

وأمَّا مسألة دعوىٰ الدَّار، فاستحقاق صاحب النِّصف لا يساوي استحقاق صاحب الكلِّ فيما زاد علىٰ النِّصف؛ لأنَّ الاستحقاق لا في العين، والقاضي لا يقضي به إلَّا في العين وفي النِّصف معارضة ومزاحمة، ولا معارضة في النِّصف الآخر، فيكون ثبوت ذلك النِّصف بلا معارضةٍ أقوىٰ لا محالة. حتَّىٰ أنَّ بعض

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» «ن» (عليكم)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

النَّاس قالوا: إنَّ البيِّنتين[١] تتهاتران في النِّصف، وإذا قوي ذلك النِّصف لم يزاحمه الضَّعيف فيه، فيسلم له بلا مزاحمةٍ، والنِّصف الآخر استويا فيه ضعفًا وقوَّةً، فيتضاربان.

وكانت هذه المسألة كمسألة الزِّيادات، حيث قدم الموصىٰ له بالجميع علىٰ المرأة في الوصيَّة بالثُّلث، وكانت بمنزلة شراء الرَّجلين العبد من الفضوليِّ، فإنَّ شراء صاحب الجميع في النِّصف يكون أقوىٰ لعدم المعارض، فيصير أولىٰ بذلك النِّصف، ثمَّ يستويان في النِّصف الآخر.

وكذلك إذا أوصىٰ لرجلٍ بعبدٍ بعينه ولآخر بنصفه، فقد ازدحم الإيجاب في النِّصف، وما ازدحما في الزِّيادة، وصحَّة الوصيَّة ممَّا يتعلَّق بالعين إذا أُضيف إلىٰ عينٍ؛ حتَّىٰ إذا هلك العين بطلت الوصيَّة، وكذلك إذا استحقَّت.

وكذلك الوصيَّة بالنِّصف فيما زاد علىٰ الثُّلث أضعف من الوصيَّة بالثُّلث، وفيما دونه؛ لأنَّ الشَّرع جعل له من حيث السِّهام الثُّلث، لا النِّصف والثُّلثين، فحين سمَّىٰ النِّصف فقد سمَّىٰ ما ليس له، وحجر عنه؛ إلَّا برضىٰ الورثة، فيصير أضعف من الإيجاب بسهمٍ جُعل له؛ بل صار ذلك من حيث السِّهام. كما لو أوصىٰ له بمالٍ غيره، فإن أجاز الورثة جاز ذلك، وكان له علىٰ المسالمة؛ لأنَّه غير الذي كان الإيجاب إليه، وإن أبطلوا[٢] انفسخت الوصيَّة أصلًا، فلا يستحقُّ بها أحدٌ، ولا[٣] ضربًا.

---

[١] «أ» «ن» (الشيء)، ولم تضبط في «ص»، والمثبت أنسب للسياق.

[٢] «أ» «ن» (أبطل)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (إلا و)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بخلاف الألوف[١] المرسلة ؛ لأنَّه ما سمَّىٰ حقَّ الورثة ، لا من حيث المال ـ فإنَّه لم يعين شيئًا وهم لا يرثون إلَّا تركةً[٢] ـ ، ولا من حيث السِّهام ؛ لأنَّ حقَّهم من حيث السِّهام في ثلثي ماله ، وحقُّ هذا في الثُّلث ، ولم يسمِّ ما زاد علىٰ الثُّلث . ألا ترىٰ أنَّه يجوز أن يكون ما سمَّىٰ دون الثُّلث ، والعبد إذا أعتق ولا يخرج من الثُّلث موصىٰ له بالسِّعاية ، وهو[٣] بمنزلة ألفٍ مرسلةٍ ، فخرجت المسائل علىٰ أصله غير متناقضةٍ .

ولأنَّ الشَّرع لمَّا لم يجعل له أكثر من الثُّلث صار إيجاب ما فوقه غير إيجاب ما دونه ، فلم يقع بين الذي أوجب له في الثُّلث ، والذي أوجب له فوقه مزاحمة .

❊ ❊ ❊

[١] «ص» «أ» (الألف) .

[٢] «ص» (تركته) .

[٣] «ص» (فهي) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

فَصْــلٌ

جنايات المكاتب

|١٤٠٢| مسألةٌ: المكاتب إذا جنىٰ ثمَّ جنىٰ خطأً لزمه الأقلُّ من قيمته ومن الأروش[١].

وقال زفر: يلزمه الأقلُّ من قيمتين ومن الأرشين؛ لأنَّ الواجب بالجناية الواحدة الأقلُّ من قيمته ومن الأرش ويجب في ذمَّته أقلُّهما.

وكذلك الثَّاني يوجب[٢] هكذا لولا الأول[٣]، فيجبان علىٰ الكمال؛ لأنَّ الوجوب في الذِّمَّة، وفي الذِّمَّة متَّسعٌ.

دلَّ عليه لو قضىٰ القاضي للأوَّل بالقيمة، ثمَّ جنىٰ ثانيًا لزمته قيمةٌ أخرىٰ بالإجماع، ولم تتداخلا.

بخلاف المدبَّر؛ لأنَّ جنايته[٤] توجب الضَّمان عليه، وإنَّما يلزم ذلك المولىٰ بحكم منعه المدبَّر عن الدَّفع بالتَّدبير، وإنَّما منع عبدًا[٥] واحدًا، فلا يضمن بمنعه أكثر من قيمته.

والمكاتب يضمن بالجناية علىٰ المجنيِّ عليه بدل الفائت، وإنَّما فوَّت

[١] «ص» (الأرش).

[٢] «ص» (الثانية توجب).

[٣] «ص» (الأولىٰ).

[٤] «أ» «ن» (لأنه جناية).

[٥] «أ» (عبيدا)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

شخصين، فيلزمه ضمانان، والتَّداخل إنَّما يقع بضيق المحلِّ، فإذا كان يجب في الذِّمَّة لم يضق المحلُّ عن الكلِّ.

ولنا: أنَّ جناية العبد لا توجب في[١] بدل الفائت إلَّا العبد نفسه، وفيه تضايقٌ عن الحقوق إذا اجتمعت؛ حتَّىٰ لو جنىٰ ثمَّ جنىٰ ـ وهو عبدٌ ـ دفع إليهم جميعًا، ولم يستحقُّوا شيئًا آخر، وإنَّما ينتقل إلىٰ القيمة بحكم امتناع الدَّفع.

والمكاتب عبدٌ، والامتناع وقع بيد المكاتب؛ لأنَّه صار في يده بالكتابة، وصارت[٢] اليد حقًّا له كيد الحرِّ وإذا امتنع بيده وجبت القيمة عليه؛ كما تجب علىٰ المولىٰ في المدبَّر، لأنَّه امتنع بتدبيره وتصرُّفه.

ألا ترىٰ أنَّ المكاتب إذا رضي بالدَّفع دفع بخلاف المدبَّر، ثمَّ الامتناع بيد المكاتب امتناعٌ غير باتٍّ[٣]، فإنَّه لو رضي بالدَّفع دفع، ومتىٰ عجَّز نفسه عاد عبدًا [قِنًّا][٤]، فاندفع بالجناية، فلا تلزمه القيمة علىٰ الباب[٥]، ولا ينتقل الحكم إليه بنفس اليد، ويبقىٰ حكم الجناية متعلِّقًا[٦] بالعين؛ كما قبل الكتابة، ما لم ينقل القاضي بالقضاء، فإذا جاء القضاء، ونفذ انتقل، ووجب في الذِّمَّة= فرغ العبد عن الجناية، فإذا جنىٰ ثانيًا اشتغل به، فيضمن ثانيًا بالمنع.

كالمولىٰ إذا فدىٰ العبد، ثمَّ جنىٰ، وقبل ذلك المحل هو الرَّقبة، وفيها

---

[١] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (وصار)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (ثابت).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» كأنها (الثبات).

[٦] «ص» (معلقا).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

تضايقٌ، فلا يجب بالجنايات كلِّها إلَّا العبد نفسه، فإذا رفع[١] إلى القاضي، والقيمة على المكاتب تجب بالمنع ـ ولم يمنع إلَّا نفسه ـ وجبت قيمة واحدة؛ كالمولى في باب المدبَّر إذا جنى جناياتٍ كثيرةٍ.

فيُعتبر بالحرِّ إذا قضى عليه بالقيمة، ثمَّ جنى، أو بالمولى إذا فدى العبد؛ لأنَّ الثَّاني يلزمه بالجناية لا بالمنع، وقد تكرَّرت، والمحلُّ فارغٌ، ويُعتبر بالعبد قبل القضاء؛ لأنَّ الرَّقبة مشغولةٌ بالجناية الأولى على ما ذكرنا، فجاءت[٢] الجناية [الثانية][٣]، ومحلُّها ذلك المحل الأوَّل، فتضايق عنها[٤].

ثمَّ المكاتب تلزمه القيمة بالمنع كالمولى في مدبَّره، ولم يمنع إلَّا رقبةً واحدةً لجماعةٍ، فلا يضمن إلَّا قيمةً واحدةً، فالمكاتب جانٍ ومانع، والمولى مانعٌ محض في باب المدبَّر، والحرُّ جانٍ غير مانعٍ، وإذا كان المكاتب يلزمه بعد تكرار الجناية بالمنع اعتبر بمولى المدبَّر، وإذا كان يلزمه الضَّمان بتكرار الجناية اعتبر بالحرِّ.

|١٤٠٣| **مسألةٌ**: ذكرنا في العتاق والموضع[٥] هذا الكتاب، ويلحق بباب الشَّبه المكاتب إذا قتل عمدًا، وترك وفاءً، ولا وارث له غير المولى= كان له أن يستوفي القصاص.

---

[١] «ص» (رجع).

[٢] «ن» «أ» (فخاف).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (عنهما).

[٥] «ص» (من).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وقال محمَّد: لا يستوفيه. كما لو مات وترك ابنًا آخر، فإنَّ الابن لا يستوفيه؛ لشبهة أنَّه مات عبدًا.

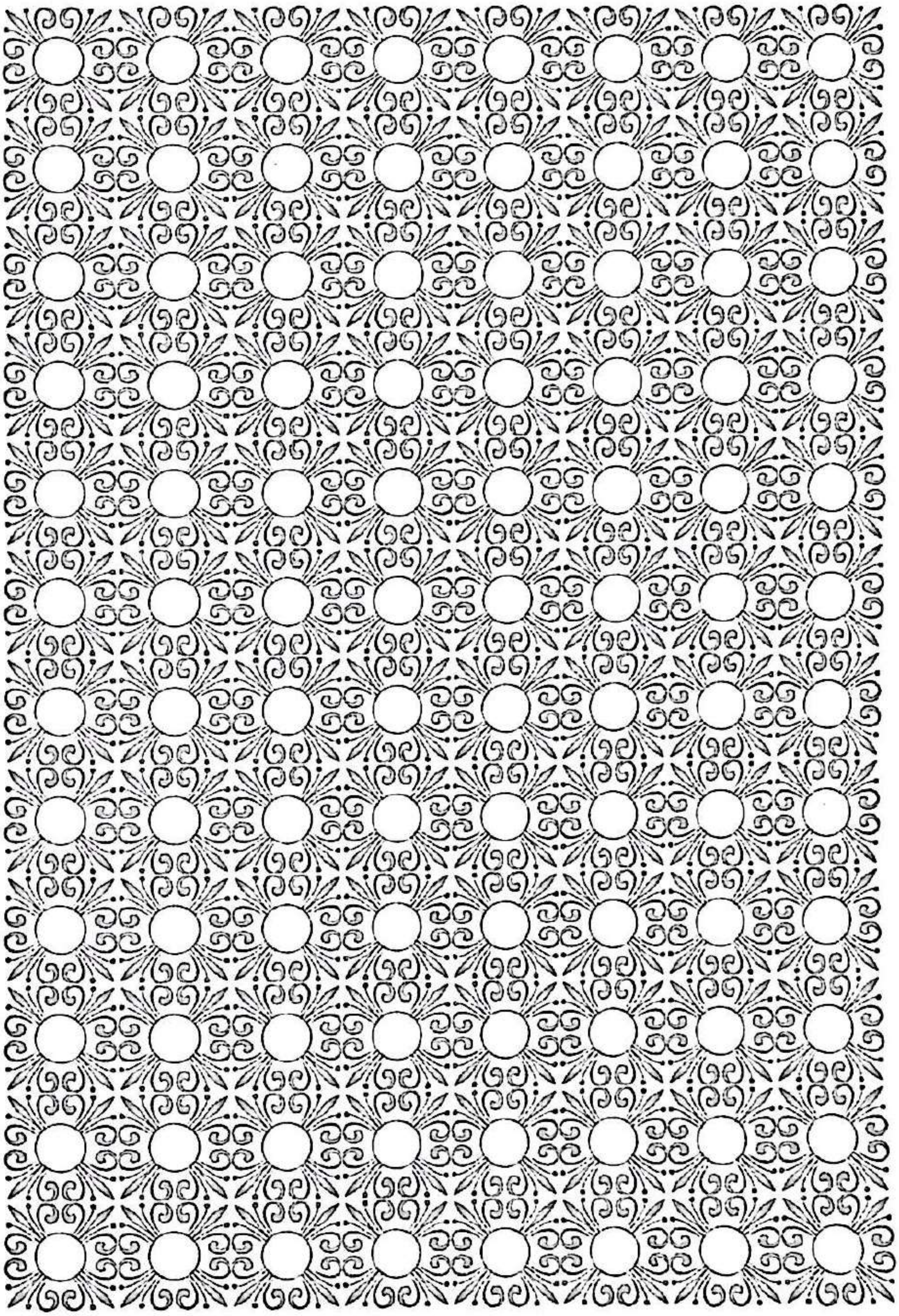
بسبب اختلاف الصَّحابة رضي الله عنهم، وتعارض الأدلَّة، وإن ترجَّح جانب العتق، فإنَّ الشُّبهة تبقىٰ بالآخر، وإن لم يعمل به بسبب التَّرجيح إذا لم يكن فاسدًا بنفسه، وهذه الشُّبهة باقيةٌ في مسألتنا هذه.

إلَّا أنَّا نقول: لا شبهة في ثبوت الحقِّ للمولىٰ في مسألتنا هذه؛ لأنَّه إن مات عبدًا أو حرًّا فالحقُّ للوليِّ[١]، وإذا ترك وارثا جاءت الشبهة؛ لأنه إن مات عبدًا كان للمولىٰ، فكان في الابن شبهة أنَّه لا حقَّ له، والله أعلم.

تمَّ كتاب الدِّيَّات بحمد الله ومنِّه.

[١] «أ» (للمولىٰ).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner



الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

كتاب الغصب

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

جمع محمَّد بن الحسن بين الغصب، والإتلاف، وبدأ بالغصب، فيُحتاج إلىٰ: معرفة حدِّ الغصب، وشرطه، وحكمه.

[فَصْلٌ
حَدُّ الغصب][2]

قال أصحابُنا: زوائِدُ الغصب تَحدثُ أَمَانةً.

وقال الشَّافعي: مَضمُونة(٣).

لأنَّها زِيَادَةٌ حدثَت من أَصلٍ مَضمُونٍ عليه بالتَّعَدِّي، فتحدث مَضمُونةً؛ قِيَاسًا عَلَىٰ من اصطاد ظبيةً من الحرم فولدت، أو ازدادت فِي يديها= فإنَّها تحدث مَضمُونةً بالإِجمَاع.

وهذا لأَنَّ ضَمَان الأَصل لزِمه للاستِيلَاء عليه من حَيثُ إِثبَات يده عليه لنفسِه بغَير حقٍّ، وهذه اليَد ثابتةٌ بعينها عَلَىٰ الزِّيادة؛ لأَنَّ اليَد فِي حَقِّ الزِّيادة والأصل وَاحِدة، خاصَّةً فِي الزِّيادة المتَّصلة؛ فلا يُتَصَوَّر تَميُّز الوصف عن الأَصل فِي حَقِّ اليَد.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن»، وتكرر ذكر عنوان الفصل بعد البسملة في «أ».

(٣) انظر: «البيان» للعمراني (٧/١٨٩)، و«المجموع شرح المهذب» (١٤/٢٤٦).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهذا حدُّ الغصب فِي اللُّغَة؛ فإنَّهم كانوا يتملَّكون بإثبَات اليد عَلَىٰ مال الغَير عَلَىٰ سَبِيل الاستِيلَاء والقهر؛ كَمَا يَحصل فِي الصَّيد، وكانوا يُسمُّون هَذَا الأخذ غَصبًا، فجاء الشَّرع وأَبطَل الملك به، وألزم الضَّمان.

والذي يوضِّحه: أنَّ الزِّيادة حصَلت فِي يد الغَاصب؛ ويدُه عَلَىٰ الأَصل يد غصبٍ، فصَارت مَغصُوبةً بالوقوع فِي يد غصب كالأَصل.

ولأَنَّ يد المالِك زائلةٌ عن الزِّيادة مثل زوالها عن الأَصل، وإِنَّمَا زالت بسَبَب غصب الأَصل؛ لأَنَّها تبَع الأَصل، وإزالةُ يد الملك بسَبَب الغصب مُوجِب ضَمَان الملك.

ولأنَّ المال يُضمن مرَّةً بإزالة عينِه بالإتلَاف، ومرَّةً بإزالة اليَد بالغصب، ثُمَّ التَّلف مُوجِبٌ للضَّمان؛ سواءٌ كَانَ بمباشرة الإتلَاف، أو التَّسبُّب للتَّلف بما هو تعدٍ؛ [كمَن حفَر بئرًا فماتت فيها شاةٌ.

وكذلك زوال اليَد يوجِبُ الضَّمان؛ سواءٌ كَانَ بمباشرة الإزالة بالأخذ من صَاحِبه، أو التَّسَبب للزَّوال بما هو تعدٍّ][1]، وغصبُ الأُمِّ وإمساكُها تعدٌّ، وسَبَبٌ لِحُصُول الزِّيادة فِي يدِه أشدُّ من حفر البئر للتَّلف؛ لأنَّ البئر قد تُتلِف السَّاقط، وقد لا! وهذا السَّبب لابدَّ أن تحصل الزِّيادة فِي يدِه. وكذلك من حَيثُ العادة يمسك الأصول[2] ليحصِّل الزَّوائد؛ كَمَا يكون من أهل السَّوائم ومن التُّجَّار، فصار إمساكُ الأَصل سَبَبًا لِحُصُول الزِّيادة فِي يده[3] حَقِيقَةً وعادةً، وتلك يد

---

[1] ما بين [ ] ليس في «ص».

[2] «ص» (الأموال).

[3] «ص» زيادة (علىٰ الأم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

استيلَاء عَلَىٰ المال لنفسِه بغَير حقٍّ، وإذا وقعت الزِّيادة فيها صَار مُستوليًا عَلَيها بيد نفسه بغَير حقٍّ، وهو حدُّ الغصب.

ولا يُقال: إنَّ الزِّيادة لَم تكُن فِي يد صاحبها[١]، فلا تُتصوَّر الإزالة؛ لأنَّ سَبِيل الزِّيادة قبل الغصب أن تحدث فِي يد صاحبها[٢]، وبالغصب منعها[٣] من الحدث في يد صاحبها، والمنع سَبَب الضَّمان كالغصب؛ كَمَا لو مَنع بعد الطَّلَب، وكما لَو باع الوَلَد وسلَّمَه، أو استَخدَمه.

ولأنَّا نحتاج إِلَىٰ إِثبَات الاستِيلَاء عَلَىٰ المال بيدٍ بغَير حَقٍّ حَالَ عدَم يدِ المالِك، ولا نَحتاج إِلَىٰ إِثبَات إزالة يدِ المالِك. [ألا ترىٰ أنَّه إذا بعث الولد في حاجة ـ أو منعه بعد طلبه ـ صار مضمونًا عليه، وإن لم يوجد منه إزالة يد المالك في حقِّ الولد؛ فنزِّل منزلة الإتلاف بعد الحدوث في حقِّ الضَّمان، فكذلك ههنا ينزل المنع من الحدوث في يد المالك منزلة إزالة اليد بعد الحدوث في يده ـ ولو حدث الولد في يد المالك ـ، فإزالة الغاصب من يده ضمنه، فكذلك إذا منعه عن الحدوث في يده وجب أن يضمن][٤].

ولا يَلزَم من جَلس عَلَىٰ الطَّريق فهبَّت الرِّيح بثوبٍ فألقته فِي حجره، فإنَّه لَا يحدث مَضمُونًا؛ لأنَّ الجُلوس عَلَىٰ الطَّريق ليس بسَبَبٍ لكسب الثَّوب شَرعًا ـ ولا عادةً ـ، فَلَم يُضف إليه حُصُول الثَّوب فِي يدِه؛ بَل أُضيف إِلَىٰ الرِّيح؛ فَلَم يبق له صُنع= فَلَم يَضمن.

---

[١] «أ» «ن» (صَاحِبه)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (صَاحِبه)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (منعه)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فأمَّا ههنا فإمساكُ الأَصل سَبَبٌ لتحصِيل اليَد عَلَىٰ الزِّيادة؛ فتُضاف إليه؛ فصارتِ اليَد ثابتةً بصُنعِه، وصُنعه تَعدٍ؛ فصارت يدًا مُتعدِّيةً. وهذا كمَن نصَب شبَكةً فتعلَّق بِهَا صَيد ملكَه؛ لأنَّهُ ينصب لأخذ الصَّيد؛ فأُضيف الوقوع إِلَىٰ فعلِه، فملك.

ولو نصَب فسطاطًا فتعلَّق به صَيدٌ لَم يَملِك؛ لأنَّهُ لَا ينصب لأخذ الصَّيد، فَلَم يُضف الوقوع[١] إِلَىٰ فعله فلا يَملِك بغَير صنعٍ. وكذلك لَو كَانَ مُحرمًا أو حلالًا في الحرم ضَمن بنصب الشَّبكة دُونَ الفسطاط، فبَطل قولُكم: إنَّه حدث بغَير صنعٍ منه؛ لأنَّ الصُّنع إن عُدم مباشرةً فقد وُجد تسبيبًا، وإنَّه كافٍ لإِيجَاب الضَّمان.

وقال الشَّافعي: إنَّ إِثبَات العَارِيَة مَضمُونة(٢).

لأنَّ المستَعِير أثبت عَلَيها اليَد[٣]، وإن كَانَت يدُ المعِير زائلةً برِضاه وتَسلِيمه، وإن لَم يكُن المستَعِير مُتعديًا، فثبتَ أنَّ يد الإنسان متَىٰ ثبتَت عَلَىٰ مالِ الغَير لنفِسه بغَير حقٍّ كَانَت مُوجِبة للضَّمان عِندَ الشَّافعي، واليَد ثابتةٌ فيما نحنُ؛ فإنَّهما لَو تنازعا فِي ملك الزِّيادة كَانَ القول قول الغاصِب؛ لأنَّها فِي يدِه، وهي يدُ نفسِه، لأنَّ الغاصب ليس بحافظٍ عَلَىٰ ربِّ المال، ولمَا ذكرنا أنَّ اليَد وَاحِدةٌ فِي حَقِّ الأَصل والوصفُ الزَّائد، لَا يُتَصَوَّر التَّجزؤ.

ويقولون ـ أيضًا ـ: إنَّ الأَصل مملوكٌ لصَاحِبه مَضمُونٌ له، ثُمَّ الملك يسري

---

[١] «ص» (التعلق).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٣/٢٥٠)، و«الحاوي الكبير» (١/٢٩٠).

[٣] «ص» زيادة (بغَير حقٍّ، يعني: لَا استِحقَاق له عَلَىٰ المعِير فِي إِثبَات تلك اليد).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إِلَىٰ الزَّوائد ؛ فكذلك الضَّمان ، وكذلك إذا غصَب الأُمَّ حَامِلًا ، فقد وَرَدَ الغصب علىٰ الأجزاء كلِّها ؛ والوَلَد منها ، فيَصِير مَضمُونًا بالغصب ، فلا يَصِير أمانةً بالانفِصال عن الأَصل ؛ كالنُّقرة تكسَّر.

ولِهَذا قال الشَّافعي - فِيمن جلس عَلَىٰ بساطِ الغَير بقصد الاستِيلَاء -: ضَمن ؛ لأَنَّهُ استَولىٰ عليه بقصد الاستِيلَاء ، حَتَّىٰ إنَّه بمثله يَملِك الصَّيد ، ولَا يَملِك إِلَّا بالاستِيلَاء[1].

وكذلك إذا اشتَرَىٰ شَيئًا وتحلَّىٰ بِه ، فهَلكَ ، ثُمَّ استُحِقَّ= ضَمن المشتَري للمالك ؛ لأنَّ التَّحلِّي بقصد القَبض استِيلَاءٌ عَلَىٰ المَبيع ، فصار حدُّ الغصب عِندَه يدٌ بغَير حَقٍّ تثبتُ عَلَىٰ المال عَلَىٰ سَبِيل الاستِيلَاء حَالَ عدم يد المالِك ، وحدُّ الاستِيلَاء مَا ثَبَتَ به الملك ، لو ورد عَلَىٰ مباحٍ ؛ فإِنَّه لَا يَملِك إِلَّا بيدٍ مستوليةٍ عَلَيه.

والاستِيلَاء يتبدَّل بالقَصد إذا كَانَ مسَبَّبًا ، فإن ناصب الشَّبكة يَصِير مستوليًا عَلَىٰ الصَّيد بالوقوع فيها ؛ لأَنَّهُ قصَده ، ولا يَصِير مستوليًا بالتَّعقُّل بفُسطاطِه ؛ لأَنَّهُ لَم يقصِده. فكذلك الغاصبُ لَا يُمسك الأَصل إِلَّا مستوليًا عليه ، وعلىٰ مَا يتولَّد منه ، فيَصِير بالقَصد اليد يد استِيلَاء عَلَىٰ الزَّوائد منها ، وإذا دخل داره ولد لَم يضمن ؛ لأَنَّهُ لَم يقصد ببناء الدَّار الاستِيلَاء عَلَىٰ الوَلَد بالدَّار.

ولعلمائنا: مَا علَّل محمَّد بن الحسن ، قال مرَّة: لأَنَّهُ لَم يصنع فِي الوَلَد شَيئًا ، وقال مرَّةً: لأَنَّهُ لَم يغصبه.

والمرَاد بالأوَّل: صنعٌ هو غصبٌ مُوجِبٌ للضَّمان ؛ لأنَّ الخِلَاف فِي ضَمَان

(١) انظر: «الوسيط فِي المذهب» (٣/٣٨٧)

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

الغصب؛ ولأنَّ أَصل الصُّنع موجودٌ، فحُصُول الوَلَد في يدِه مُضافٌ إِلَىٰ إمساكِ الأُمِّ تسبيبًا، حَتَّىٰ ضمِن به زوائِد صَيد الحرَم، ولا يضمن إِلَّا بصنعٍ منه.

وكذلك يأثَم بترك ردِّ الوَلَد، ولا يأثَم إِلَّا بتعدٍّ؛ ولكن صنع ـ هو غصبٌ مُوجِبٌ للضَّمان ـ لم يُوجد [منه][١]، فلا يَجِب الضَّمان؛ لأنَّ الخِلَاف فِي ضَمَانٍ يَجبر مَا فات من حَقِّ المالِك في مالِه، لَا ضَمَان عقدٍ، ولا جزاء فعلٍ، وحقُّه فِي المال إن[٢] عيْن المال له رقبةً ويدًا، والفَوات بفواتِ أَصله ملكًا أو عَينًا، أو بالفَوات عن يدِه، فيَصِير كالفائِتِ بعينِه[٣] مَعنًى؛ لأنَّ الانتِفاع بالمال إِنَّمَا يكُون باليَد، وليس فِي مسألَتِنا إِلَّا الفَواتُ عنِ اليد، وهذا عمَل الغصب.

فثَبتَ أنَّ الخِلَاف فِي ضَمَان الغصب لَا ضَمَانٍ آخر، وأنَّ حدَّ الغصب المُوجِب للضَّمان استيلَاءٌ عَلَىٰ مال الغَير[٤] بغَير حَقٍّ مزيلٍ للمالِ عن يدِ صَاحِبه بالإخراج من يدِه حَقِيقَةً، أو بقِصر يدِه عمَّا لَم يكُن فِي يدِه، فيَصِير فائتًا [عن يدِه][٥] بالقصر[٦].

وليس فِي مسألتِنا إخراجٌ؛ لأنَّ الزَّوائد لَم تكن في يدِ المالِك، ولا قصر بنفسِ الحُدوثِ؛ لأنَّ [حدَّ][٧] القصر عمَّا ليس فِي يدِه؛ بأن لَا يبقىٰ له التَّمكُّن

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (أي).
[٣] «أ» (بنفسه)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» (علىٰ المال).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] «أ» (بالقصد)، «ص» (بالقبض)، والمثبت من «ن».
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

منَ الأخذ، وبِنفس الحدوث فِي دار الغَاصِب أو يدِ الغَاصِب لَا ينعَدِم تمكُّن المالِك من الأخذ، فإنَّا ـ وإن سلَّمنا الاستِيلَاء ـ فهُو استِيلَاء تسببيًا بفعلٍ سبق، لَا بإحرازِ المال مباشرةً؛ كَمَا قلتُ فِي الشَّبكة، وبالوقُوعِ فيها لَا يزُول تمكُّن المالِك من أخَذ الشَّاة، والدَّار دُونَ الشَّبكة فِي الإحرَازِ، وهذا؛ لأنَّهُ لَا فَواتَ للمالِ القائِم ملكِه مَا لَم تَقصُر يدُه، والضَّمان ضمان جبرٍ للفائت.

ولهذا عندنا[١]: لَا يَصِير المشتري بالتَّخلي بالمبيع غاصبًا، ولا يضمن للمستحقِّ؛ لأنَّ التَّخلي بنفسه لا يقصر يد المالِك؛ لأنَّهُ متمكِّن من أخذه مَعَ تخليته[٢] إلَّا أن يُحدِث فعلًا آخر مانعًا.

ولا يجوز الاعتِبار باستِيلَاء[٣] مُوجِبٍ ملك المباح؛ لأنَّهُ حُكمٌ يتعيَّن فِي الصَيد بالاستِيلَاء عَلَيه، فلا يُشترطُ لتمامِه التَّعَدِّي إلَىٰ غَيره، والضَّمان يَجِب للمالِك لِما فاتَ عن يدِه، فيُشترط لتمامِه تعدِّي الاستِيلَاء إلَىٰ إفَاتَة يدِه.

وكذلك الجالس عَلَىٰ البساط؛ لأنَّ قِصَر اليَد لَا يَثبت به لقيام التَّمكّن من أخذِه مَعَ الجلوس إلَّا أن يُحدث فِعلًا، وإن كَانَ الشَّيء فِي يدِ صَاحِبه فبالجلوس لَا يَخرج عن يدِه، وإنَّمَا يَخرجُ بتنحِية صَاحِبه عنه، وكذلك بالتّخلّي لَا يَخرج عن يدِ المالِك، فهذا الحرفُ مزلّ القَدمِ.

وإذا ثَبَتَ أنه يَحدث أمانةً لا يضمن إلَّا بما يضمن به سائر الأمانات.

وليس هَذَا كصَيد الحرَم وزوائدِه؛ لأنَّ الضَّمان فيه ضَمَان تلفٍ مَعنَىٰ؛ لأنَّهُ

[١] «ص» (قلنا).

[٢] «أ» «ن» (تخليه)، والمثبت من «ص». «أ» (تخلية)

[٣] «ن» (الاعتبار بالاستيلاء)، «ص» (للاعتبار بالاستيلاء).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

بالحرم أمن صَيداً كذلك ، وذلك في بُعدِه عن أيدينا ، فبالوقوعِ[١] فِي أيدينا تلفَ لِمَعنَىٰ الصَيدية ، واليَد ثابتةٌ عَلَىٰ الزوائد تسبيبًا عَلَىٰ مَا سلمنا ، والمسَبِّب للتّلف يَضمَن إذا كَانَ مُتعديًا فِي تسبيبه ، ولا يضمن إذا لَم يكن مُتعدِّيًا كحافرِ البِئر سواء ؛ إِلَّا أنّ التّلف بالبئر حقيقي ، وهذا حُكمِي .

فأما المال فلا تلفَ له فِي نفسه بأيدينا ؛ بَل هو يَحصُل بالأيدي ويُحفظ ، وإِنَّمَا الضَّمان للمالِك بإِفَاتَة المال عليه عَينًا بالإِتلَاف ، أو حُكمًا بإزالة المال عن يدِه ، ولَم يوجد ذلك فِي الزِّيادة .

فأما الجَوَاب عن الأوَّل: فما مرّ منَ الفَرق بين صَيد الحرم ومالِ النّاس .

وعنِ الثَّانِي: أنّا نُسَلِّم أن يدَه فِي الزِّيادة والأَصل وَاحِدةٌ ، ولكنّا لَا نُسَلِّم أنّه ضمِن الأَصل ببقائِها فِي يدِه ، وإِنَّمَا ضمِنها بأخذِها ابتِدَاءً .

وعنِ الاستيلَاء: أنه لَا يُوجِب ضَمَان المال حَتَّىٰ تَقصر يدُ الصَاحِب به ـ عَلَىٰ مَا مرّ ـ بخِلَاف ملك الصَّيد[٢] ، فإنّه حُكم يُستوفىٰ له من الصَيد ، فثبتَ بالاستِيلَاء عليه غَير متعدٍّ إِلَىٰ ثالثٍ .

وعن قوله: «الزِّيادة حصلت[٣] فِي يدِ الغاصِب» أنّك إن كنت تَعني: وقَعت فِي يدٍ غاصبةٍ ، فغَير مسلَّم ، وإن عنيت فِي يد تثبتُ بالغصب فمُسلَّم ؛ ولكنِ الأَصل ضُمِن بيدٍ غاصبةٍ ، لَا بالبقاء فِي يدٍ تثبت عن غصب ، فالغصب هو السَّبب المُوجِب للضَّمان ، واليَد الثَّابتةُ[٤] به حُكم الغصب ؛ لَا الغصب ، كالملك حُكم

---

[١] «أ» «ن» (فالوقوع) ، والمثبت من «ص» .
[٢] «أ» «ن» (ملكه) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «ص» (جعلت) .
[٤] «ن» (الثانية) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

البيع ؛ لَا البيع ، والضَّمان يَجِب بالبيع ؛ لَا بالملك.

وعن فصل التَّسبيب[١]: فما مرّ من الجَوَاب عنه ، وعن قوله: «ثُبُوت اليَد عَلَىٰ مالِ الغَير لنفسه بغَير حَقّ سَبَب ضَمَان» ، فغَير مُسلَّم إِلَّا أن تكون يدًا تقصُر يدُ المالِك بغَير حَقٍّ لِما ذكرنا ، ونفس اليَد لَا تقصُر يد المالِك كاليَد التي تثبُتَ بالتّخلّي بالمال ونحوِه.

والجَوَاب عن فصل السّراية: أنّ الملك ثابتٌ فِي رقبةِ الأم وصِفةٌ لها ؛ فيسري إِلَىٰ مَا يتولّد منها.

وأما الضَّمان فعِبَارَة عن لُزُوم حقٍّ ، كاللُزُوم[٢] فِي ذمَّة الغاصب ، وإنه صفة له لَا للمال ؛ بَل المال سَبَبٌ له ؛ كالشِّرَاء بألفٍ يُوجِب الثمن فِي الذِّمَّة لَا فِي المَبِيع ؛ والمَبِيع سَبَب.

وإِنَّمَا يقال: المال مَضمُون عَلَىٰ مَعنَىٰ: أن فعل أداء الضَّمان يقع عَلَيه ؛ لأَنَّهُ هو الذي يَلزَمه ردُّه ؛ كَمَا يقال: فلان مَغصُوب عَلَيه. فالغصب: صفة الغصبان[٣] ، والآخر: محلٌّ يحلّه الفِعل الذي به يقضىٰ حَقّ الغصب. وكما نَصف العَين بالحُرمَة ؛ لأنَّها محلّ للفِعل الحرام.

ولا يُشكل علينا مَا إذا غصب الأُمّ حَامِلًا فولدت ؛ لأنَّ الغصب إِنَّمَا يُوجِب ضَمَان مَا هو مالٌ متقوّم ، والوَلَد لَا يُعَدُّ مَالًا مُتَقَوِّمًا إِلَّا بعد الولادة ، وقبلها[٤] يُعَدُّ

[١] «ص» (السبب).

[٢] «أ» (واللزوم).

[٣] «ص» (العصيان).

[٤] «أ» «ن» (وقبله) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

عَينًا فِي الأَمَة، وزِيَادَة فِي نفس البَهِيمَة، وتضمن تلك الزِّيادة إذا انتقصت بالولادة، فأما ماليَّة الوَلَد مَقصُودة فتحدث بالولادة. وكذلك العَارِيَة أمانة عِندَنا؛ لأنَّ يد المُستَعِير[١] ـ وإن كَانَت لنفسه ـ فليست بقَاصِرَة يد المالِك[٢] عن المال؛ لأنَّهُ لم يثبته[٣] إثبَاتا لمَنعه ولا كَانَت مزيلة المال عن يد صَاحِبه ابتِدَاء؛ لأنَّ صَاحِبه هو الذي سلّمه إليه، وإنَّمَا يَجِب باليَد ضَمَان إفَاتَة[٤] المال عن اليَد عَلَىٰ مَا مرَّ.

فصار حرف المسأَلَة أنَّ الشَّافعي اعتبر لضَمَان المال يد نفسه عَلَىٰ مال غَيره بغَير حقٍّ. ونحنُ اعتَبَرنا يدًا عَلَىٰ المال قَاصِرَةً يد صَاحِبه عنه؛ لأنَّ الضَّمان ضَمَان جبر، فيكون بإِزاء فائتٍ، والله أعلم.

|١٤٠٤| مسألةٌ[٥]: فإن باع الغَاصِب الأَصل بالزِّيادة وسلَّم ـ والزِّيادة متَّصِلةٌ ـ واختار[٦] المالِك[٧] ضَمَان الغاصب =لَم يضمِّنه إلَّا قِيمَة الأَصل يوم الغصب دُونَ الزِّيادة، عِندَ أبي حنيفة.

وقال صَاحِباه: إن شاء ضمَّنه القِيمَة يوم الغصب، وإن شاء ضمِنه يوم البيع والتَّسليم.

[١] «أ» «ن» (يده)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (المولىٰ)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (يثبت)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» (أمانة).
[٥] «ص» (فصل).
[٦] «ص» (وإجبار).
[٧] «أ» «ن» (المولىٰ)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

قالا: لأنَّ الزِّيادة كَانَت أمانةً عِندَه فيضمنُها[١] بالبيع والتَّسليم؛ كسائِر الأمانات.

وقِيَاسًا عَلَىٰ الزِّيادة المنفصلة، إلَّا أنَّ من شرط ضَمَان الزِّيادة المتَّصلة أن لَا يفصلها عن الأَصل؛ لدليلين:

أحدُهما: أنَّ الغصب لَا يُتَصَوَّر عَلَيها علىٰ الانفِرَاد دُونَ الأَصل؛ لأَنَّهُ[٢] متىٰ ضمِن الأَصل من يوم الغصب ملَك الأَصل من يومئذٍ، وملك الأَصل يُوجِب ملك الزِّيادة لَا محالةَ؛ لأنَّها لَا تتجزأ عن الأَصل ملكًا، ولا يُتَصَوَّر، والملك ينفي[٣] ضَمَانه لغَيره، وسَبِيله سَبِيل من هشم قُلْب إنسان، فإنَّه يضمنُ مَا فات بالهَشم؛ ولكن من شرط استيفائه أن لَا يفصِله عن الأَصل؛ لأنَّ الفائت وصف القُلب، والوصف مُتقوِّم بأَصله، غَير متقوِّم منفردًا عن أَصله، فلا يُمكنه التَّضمين منفردًا، ولا قِيمَة له.

واحتجَّا فِي الكتاب بأنَّ البيع والتَّسليم استِهلَاكٌ للمبيع من طريق الحُكم، فيُوجِب ضَمَانًا مبتدأً؛ كالقتل. وكمَا إذا اغتَصب دَابَّةً قيمتها مائة [دينار][٤]، فازدادت عِندَه حَتَّىٰ صارت تُساوي مائتين، ثُمَّ ركِبها حَتَّىٰ ماتت تحته= فإنَّه يضمن المائتين.

والمسأَلَة فِي كِتاب الرُّجوع؛ فقال: لَو ادَّعَىٰ الرَّاكِب الإجارة، وأقام البَيِّنَة عَلَىٰ ذلك، فقَضىٰ له بِهَا، وبالبَرَاءَة عن الضَّمان، ثُمَّ رجع الشَّاهِدان= ضمِنا

[١] «أ» (فيضمن).
[٢] «أ» (ولأنه).
[٣] «ن» «ص» (يبقىٰ).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

للمَشْهُود عليه قِيمَة الدَابَّة يوم الهلاك ؛ لأَنَّهُما أَبطَلا ملكِه عن ذلك القدر.

وذكر فِي كتاب الغصب: أَنَّه لَو استَخدَمها بعد الزِّيادة حَتَّىٰ هلكت من الاستِخدَام= ضمن قيمتها كذلك زائدةً.

ولا إِشكَال أنَّ الاستِهلَاك يرِد عَلَىٰ المغصُوب، ويكون سَبَب ضَمَان آخَر، وإِنَّمَا الإِشكَال فِي كون البيع والتَّسليم استِهلَاكًا.

فالدَّليل عَلَيه: أَنَّ من ادَّعَىٰ ملك شيءٍ، فشَهِدَ له شاهِدان: بأَنَّ فُلَانًا [باعَه منه، وسلَّمه إليه= قُضي له بالملك، كَمَا لَو نصَّا عَلَىٰ الملك. ولو شَهِدَا أَنَّه][1] كَانَ يتصَرَّف فيه، أو كَانَ فِي يدِه= لَا يُقضىٰ له بالملك، فثبتَ أَنَّ البيع والتَّسليم إِتلَافٌ للملك حُكمًا؛ كالشَّهادَة بالملك عَلَىٰ إنسانٍ؛ إِتلَاف يضمنان[2] بالرُّجوع، فالبيع والتَّسليم سَبَبٌ، لَو شَهِدَ به الشُّهود بطَل حقُّ المغصوب منه به، والغصب إِثبَات يدٍ، ولو شَهِدَ الشُّهود باليدِ [لَا][3] يُقضىٰ به، ولا يبطُل به الملك.

ولا يَلزَم مَا ذُكر فِي اختلاف يعقُوب وزُفَر: أَنَّ الغاصب لَو استَخدَم الجَارِيَة بعد الزِّيادة، ثُمَّ تلفَت بعد ذلك لَم يضمن الزِّيادة، عِندَ أبي يوسف.

ويضمنها عِندَ زُفَر؛ لأَنَّها كَانَت أمانةً [عِندَه][4]، فيضمن بالاستِخدَام كالوَلَد.

وعِندَ أبي يوسف: لَا يضمن، وظَاهر الرِّواية يدلُّ عَلَيه؛ فإِنَّها لَو هلكَت قبل

[1] ما بين [ ] ليس في «ص».
[2] «أ» (ويضمنان).
[3] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[4] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

البيع والتَّسليم لَم يضمن الزِّيادة.

والظَّاهِر من حَالَ الغصب أنَّه كَانَ يستَخدمُها [وهو][١] ما غَصَبها إلَّا للاستِخدَام دُون الحفظ عَلَىٰ صَاحِبها، هَذَا لَا يَلزَم؛ لأنَّ الاستِخدَام إثبَات يدِ الاستِيلَاء مثل الأخذ ابتِدَاءً.

ولأنَّ الغصب الموجِب للضَّمان يد استِيلَاء يقصِر[٢] يد صَاحِب المال عن المالِ، والقَصر لَا يُتَصَوَّر بعد ثُبُوت القصر بالغصب الأوَّل، مثل الأخذ ابتِدَاءً، والغصب ـ مُوجِبًا للضَّمان ـ لَا يتكرَّر من الغاصب؛ لأنَّ الغصب عِندَنا من حَيثُ يُوجِب الضَّمان بمنزلة البيع؛ لأنَّهُ يُفِيد الملك عَلَىٰ مَا نذكر، وضَمَان البيع لَا يتكرَّر مَا بقيَ الأوَّل، وكذلك ضَمَان الغصب.

وإذا لَم يتكرَّر الغصب مُوجِبًا للضَّمان عَلَىٰ الأَصل لَم يستقم[٣] إثبَاته عَلَىٰ الزِّيادة عَلَىٰ الانفِرَاد؛ لدليلين ذكرناهما ابتِدَاءً. فأمَّا الإتلَاف فسَبَبٌ آخر غَير الغصب؛ لأنَّ الغصب لإِفَاتَة يد المالِك، وهذا لإِفَاتَة أَصل الملك أو أَصل العَين.

ولا يَلزَم إذا باع وسلَّم ـ وقِيمَة الجَارِيَة ألف درهم ـ فإنَّه لَا يضمن إلَّا بالغصب حتَّىٰ تكون الأكساب للغاصب.

ولو قال المغصوب منه[٤]: أنا أضمنه يوم البيع؛ لتكُون الأكساب لي= لَم يكُن له ذلك؛ لأنَّ التَّعليل وقع لبيان أنَّ الإتلَاف يرِد عَلَىٰ الغصب، لَا لبيان أنَّه

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٢] «ن» (يقضي).
[٣] «ص» (يستقر).
[٤] «أ» «ن» (المولىٰ)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

متىٰ يعمل عمَله[١] فِي إِيجَاب الضَّمان، وبيانه: أنَّه إِنَّمَا يعمل إذا أفادَ، ولا يعمل إذا لَم يفد حُكمًا؛ لأنَّ السَّبب لَا يُعتبر لنفسه؛ بَل لِحكمه.

ولا فائِدة إذا لَم يردد القِيمَة؛ لأنَّ ضَمَان الإِتلَاف مثل ضَمَان الغصب فِي أنَّه ضَمَان بدلٍ عن المال مفيدٌ للملك فِي المضمون، فالحُكم إفادةُ الملك فِي الأَصل. والوَاجِب بنَفسه ألف درهم عِندَ الإِتلَاف كَمَا عِندَ الغصب، فلغا اعتبار الثَّانِي. فأمَّا إذا ازدادت القِيمَة فازداد الضَّمان صار مفيدًا؛ فاعتبر.

ومثاله من أسباب الضَّمان بالقول: رجلٌ اشترَىٰ مَالًا بألف درهم، ثُمَّ أعاد الشِّرَاء بألفٍ لَغا الثَّانِي. وإذا أعاد بألفين اعتبر الثَّانِي؛ إِلَّا أنَّ الثَّانِي يرفع الأوَّل؛ لأنَّ محَلَّ السَّبب وَاحِدٌ. وههنا يصحُّ الثَّانِي، ولَا يرفع الأوَّل؛ لأنَّ محلَّ الغصب غَير محلِّ الإِتلَاف؛ فلا يتَدافَعان، هَذَا كَلَامٌ واضحٌ حسنٌ.

وأبو حنيفة يقول: إنَّ ضَمَان البيع والتَّسليم ضَمَان غصب، كضَمَان الاستِخدَام، والنَّقل من موضعٍ إِلَىٰ موضعٍ لنفسِه، فَلا يصِحُّ[٢] سَبَبًا للضَّمان من الغَاصِب فيمَا غُصب مرَّة؛ كالاستِخدَام سواءً؛ للعلَّتين اللَّتين ذَكرُهما الخصوم.

والدَّليل عَلَىٰ أنَّه غصبٌ: أنَّ الإِتلَاف إمَّا أن يكون حَقِيقَةً بإِفَاتَة العَين، أو حُكمًا بإِفَاتَة الملك، والبيع والتَّسليم لَا يفوت عينه، ولا ملكه؛ ولكنَّه استِيلَاءٌ باليَد كالاستِخدَام.

وكذلك قال أبو يوسف[٣]: إنَّ العقار لَا يُضمن بالغصب، ويُضمن

---

[١] «أ» (عليه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» (يصلح).

[٣] «ص» (ولذلك قال أبو حنيفة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بالإتلَاف ؛ بأن يجعل مهرًا[١] ، أو بالشَّهَادَة عَلَىٰ المالك لرجلٍ حَتَّىٰ قضىٰ القاضي ، ثُمَّ رجعا.

ثُمَّ قال أبو يوسف: إنَّ الغاصب إذا باع عقارًا غصبه وسلَّمه إِلَىٰ المشتري= لَم يضمن للمالك شَيئًا ؛ كَمَا لَا يَضمن بالغصب.

بخِلَاف القتل ؛ لأَنَّهُ إِتلَافٌ ، والضَّمان ـ أيضًا ـ غَير ضَمَان الغصب عَلَىٰ مَا عُرِف.

وكذلك الهلاك من الرُّكوب تحته ؛ لأَنَّهُ يُضاف إِلَىٰ الرّكوب ، فيَصِير إِتلَافًا. أَلَا ترىٰ أنَّ من ركب حُرًّا بغَير إذنه ـ حَتَّىٰ تلف تحته ـ ضمِنه ؛ لأَنَّهُ أتلَفه بثقله ، والحُرُّ لَا يُضمن بالغصب.

بخِلَاف الزِّيادة المنفَصِلة ؛ فإِنَّها تُضمن بالاستِخدَام والنَّقل[٢] دُونَ الأَصل ؛ لأَنَّهُ منفَصِلٌ عنِ الأَصل ، فيُتَصَوَّر فيه الغصب دُونَ الأَصل.

وكذلك ملك الأَصل من حين[٣] الغصب لَا يُوجِب ملك المنفصِل ، والله أعلم.

---

[١] «ن» (نهرا) ، ولم تضبط في «ص» ، ولعلها (بهذا) ، والمعنىٰ غير ظاهر.

[٢] «أ» زيادة (بدون الأرض).

[٣] «ن» (حيث).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فصل الشَّرط

|١٤٠٥| مسألةٌ: قال أبو حنيفة: العقارات لَا تُضمَن بالغصب، وهو قول أبي يوسف آخرا.

وقال أوَّلًا: تُضمن، ـ وهو قول محمَّد والشَّافعي(١) ـ استحسانًا.

واحتجُّوا بما رُوي عن النَّبي ـ ﷺ ـ أنَّه قال: «عَلَى اليَد مَا أَخَذَت حَتَّى تَرُدَّ»(٢). وقال ﷺ: «مَن غَصَب شِبرًا مِن أَرضٍ طَوَّقَهُ اللَّهُ مِن سَبع أَرضِينَ يَوم القِيَامَة»(٣)، فثبت أنَّ الغصب مُتصوَّر، وضَمَانُه فِي الدُّنيا عُرف بالحديث[٤] الأوَّل.

وأمَّا المعنى فيه: فإنَّ حدَّ الغصبِ إِثبَاتُ يدٍ مُستولِيةٍ عَلَى المال بغَير حَقٍّ بأقصى[٥] مَا يُمكن، فقد وُجد إذا غصبها وزرعَها، وَلَم يبق له فيها مُنازعٌ بيدٍ أخرى. أَلَا ترى أنَّا نملك أراضي أهل الحرب بأيدينا المستولية على الأراضي،

(١) انظر: «المهذب» للشيرازي (١٨٩/٢).

(٢) رواه أحمد (٢٠٠٨٦)، وأبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، والنسائي فِي «السنن الكبرى» (٥٧٨٣) من طريق الحسن عن سمرة. قال الترمذي (٥٥٨/٣): «هذا حديث حسن». وقال الحاكم في «المستدرك على الصحيحين» (٥٥/٢): «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه». وسماع الحسن من سمرة مختلف فيه. وانظر: «الجوهر النقي» (٩٠/٦)، و«نصب الراية» (١٦٧/٤)، و«البدر المنير» (٧٥٣/٦).

(٣) رواه البخاري (٢٤٥٣)، ومسلم (١٦١٢)، من حديث عائشة رضي الله عنها.

[٤] «ن» (الحديث).

[٥] «أ» (بغير حق ناقض)، «ن» (بغير ناقض)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

لَا بالاستيِلَاء عَلَىٰ الملَّاك[١]، حَتىٰ إذا أَقرّ الملاك وَلَم يسترقُّوا[٢] مُلكت أراضيهم دونهم.

والقِياسُ فيه: أنَّ الأراضي أموالٌ تُملَك بالاستيِلَاء تبعًا[٣]؛ فوَجب أن تضمن[٤] بالاستيِلَاء يدًا قِيَاسًا عَلَىٰ المنقولات.

وهذا لأنَّ الغصب كَانَ فِي الجاهلية تَمَلُّكًا باليَد بِحُكم الغَلبَة والاستيِلَاء فِي كلِّ مالٍ، فقرَّر الشَّرع[٥] ذلك الحُكم فيما هو مُباحٌ، ونُقل إِلَىٰ الضَّمان فيما هو مُحترمٌ لمالِكه.

ولا يَلزَم محمَّد[٦] مَا قال: لَا يُضمن البساط[٧] بالجلوس عليه بقَصد الغَلبة، ويُملَك الصَّيد بمثله، وبه يُملَك مال[٨] الكافر.

أمَّا عَلَىٰ الأوَّل؛ فلأنَّا شرطنا الاستيِلَاء بأقصىٰ مَا يمكن، وذلك فيما ينقل بالقَبض [فيكون][٩] عليه حَتَّىٰ يَصِير تبعًا ليده قوامًا، وهذا الحدُّ غَير متصوَّر فِي العقار، فحُدَّ بمَا يليق به من المزارعة والسُّكنىٰ لنفسه.

ولا يَلزَم إذا دخل دار إنسانٍ مُلتجئًا من حرٍّ أو بردٍ؛ لأنَّ نفس الدُّخول

---

[١] «ص» (لا بإتلاف علىٰ المالك).

[٢] «ص» (يستوفوا).

[٣] «أ» «ن» (يدا)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (تملك).

[٥] «ن» (في الشرع).

[٦] «أ» (محمدا).

[٧] «ص» (الفسطاط).

[٨] «أ» «ن» (ملك)، والمثبت من «ص».

[٩] ما بين [ ] ليس في «ن» و«أ».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

يَحتمل الاستِيلَاء وغَيره، فلا يَصِير استِيلَاءً إِلَّا بالقَصد؛ كنَصب الشَّبكة جُعل استِيلَاءً عَلَىٰ مَا وقَع فيها بالقَصد، حَتَّىٰ لمَّا لم يَملِك ذلك بالفسطاط لَم يَملِك مَا تعقَّل[١] به.

بخِلَاف لبس الثَّوب، فإنَّه يضمن ـ وإن قصد به دفع البرد ـ؛ لأنَّ نفس اللُّبس أو الأخذ استِيلَاء؛ لأنَّ الثَّوب يَصِير تبعًا له قائمًا به، ولا كذلك الدَّار والأرض، فإنَّها تقوم بنفسها، فلا يجعل نفس الدُّخول استِيلَاءً إِلَّا أن يقصد به الاستِيلَاء؛ لأنَّهُ صالحٌ له.

ولعلمائنا قوله: «مَن غَصَب شِبرًا مِن أَرضٍ طَوَّقَهُ اللَّهُ تعالىٰ مِن سَبع أَرضِينَ يَوم القِيَامَة» فمن جعل الضَّمان العاجل جزاءً فقد زاد، وإنَّه لَا يجوز بالقياس.

وعلَّل أبو حنيفة لعدم الضَّمان بعدم النَّقل، وعلَّل ـ فِي كتاب الإقرَار ـ فقال: «لأَنَّهُ ممَّا لا ينقل»، وهو الصَّحيح، والمُرَاد بالأوَّل هذا؛ لأنَّ الخِلَاف فِي ضَمَان الغصب، وحدُّ الغصب المُوجِب للضَّمان فِي النَّقل ما[٢] ذكرنا: أنَّه اسمٌ لفعلٍ يحِلُّ بالمال، فيزيلُه عن يدِ مالِكه، ولا تُتَصَوَّر الإزالة عن يد المالِك بفعلٍ فِي المال إِلَّا بالانتِقال عن تلك اليد؛ لأنَّ الشَّيء إذا ثَبَتَ فِي مكانٍ لَا يُتَصَوَّر في آخر إِلَّا بالانتقال.

وكذلك من حَيثُ المشاهدة: مَن دخل دارًا لَا تنتفي[٣] عنها يد المالِك، إِلَّا بيد تحدثه فِي المالك فتخرجه، وكذلك إن لَم يكن فيها، والغصب يقصر يد

[١] «أ» «ن» (يفعل)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (لمـّا)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (ينفي)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

المالِك، وبالدُّخول لَا يقصِر يده؛ لأَنَّهُ يدخلها من أيِّ جانبٍ شاء مَعَ قيام يدِ الدَّاخل؛ إلَّا بِأن يُحدث يدًا فِي المالِك دافعةً.

ولأنَّ الغصب لمَّا كَانَ نقلًا لَم يكن مَا لا يُنقل محلًّا له؛ كالبيع لمَّا كَانَ تمليكًا للمال لَم يكُن مَا ليس بمالٍ محلًّا له، فَلَم يقع مُوجِبًا لحُكمه.

ولا يَلزَم جاحدُ الوديعة؛ لأَنَّهُ يضمن بالمنع، وفيه قصر يدِ صَاحِبه؛ لأنَّ صَاحِبه لَا يتوصَّل إِلَىٰ الوديعة بعد جُحوده باليَد التي كَانَت للمُودع في الوديعة، حتَّىٰ إذا كَانَت الوديعة بساطًا لَم ينقله[١]، وجلس عليه جاحدًا للوديعة لَم يضمن؛ لأنَّهُ متىٰ كَانَ ظاهرًا لَم تصر به يدُ صَاحِبه مقصورةً عنه بالجحود نفسه.

ولا يَلزَم إذا ركِب دَابَّة لغَيره وَلَم ينقلها حَتَّىٰ تلَفت؛ لأنَّ ذلك ضَمَان إتلَافٍ، لَا ضَمَان غصبٍ. أَلَا ترىٰ أَنَّه لَو ركب حرًّا، فتلف تحته ضمن، وحدُّ الإتلَاف ليس فِي النَّقل.

ولأنَّ الرَّاكب بنفس الرُّكوب[٢] يقصر يد صَاحِبه بصيرورة الدَّابَّة تبعًا للرَّاكب قيامًا وسيرًا بالرُّكوب نفسه، فيَصِير الرُّكوب استيلَاءً يقصر يدَ المالِك بلا فعلٍ جديدٍ يحدث فِي المالِك؛ لأنَّهُ لَا يُتوصَّل إليها[٣] إلَّا بفعلٍ يُسمَّىٰ استردادًا للمال منه.

بخِلَاف الأرض؛ لأنَّها لَا تصير تبعًا للمتصرِّف فيها[٤] قوامًا، وصَاحِبها

[١] «أ» «ن» (ينقل)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (بالركوب).
[٣] «أ» «ن» (إليه)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (منها)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يتوصَّل إليها[١] بلا استردادٍ من الغاصب. أَلَا ترىٰ أنَّ الرَّاكب يَضمن ـ وإن ركب خوفًا ـ وَلَم يقصد الغَصب والاستِيلَاء؛ كاللَّابس، بخِلَاف ساكنِ الدَّار.

❁ فإن قيل: هَذَا يَبطل بما ذكر فِي الزِّيادات: من وَهب دارًا من إنسانٍ بما فيها من حِنطَةٍ، وسلَّم، فهلكت الحِنطَة، ثُمَّ جاء مستحقٌّ= فإنَّه يضمن الحِنطَة، وَهو لَم ينقلها وَلَم يُحَرِّك.

❁ قلنا: لَا نُسَلِّم هذه الرِّواية علىٰ أَصل أبي يوسف[٢]؛ ثُمَّ إنَّه إشكَالٌ عَلَىٰ الكلِّ، فإنَّ محمَّدا وافقنا أنَّ المنقول لَا يُضمن بالتَّحلي به؛ كَمَا فِي الشِّرَاء.

ثُمَّ الجَوَاب: كَانَ القاضي أبو عاصم العامري يقول: يحتمل أنَّه إِنَّمَا ضمن لأنَّ يد الواهب كَانَت ناقلةً، وانتقلت إِلَىٰ الموهوب له؛ لأنَّ قبض الهبة[٣] لَا يصحُّ، بأن صارت حَقًّا للموهوب له بعده، بَل بتَسلِيم الواهب إليه، ولأنَّ القَبض تتمَّةٌ للعَقد، والمُوجِب للهبة فِي الحَقِيقَة الواهب، فتنتقل إليه يده الغاصبة حُكمًا؛ فيضمن.

كالوكيل بقبض المَبِيع إذا قبض المَبِيع، ونقله، فهلك، ثُمَّ جاء المستحق= ضَمن البائع؛ لأَنَّهُ نقله بأمره، فانتقل إليه.

وعن الأوَّل: أنَّ الأخذ فِي الحَقِيقَة غَير مُتصوَّر؛ لأنَّ حدَّه[٤] أن يَصِير المأخوذ تبعًا ليده؛ لأَنَّهُ مفعولٌ[٥] فعله.

---

[١] «أ» «ن» (وصاحبه يتوصل إليه)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (عن أبي يوسف).
[٣] «ص» (الموهوب له).
[٤] «ص» (حقه).
[٥] «ص» (معقول).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

وعن الثَّانِي أنَّه حجَّتنا ؛ لأنَّ النَّبي ﷺ جعل جزاؤه وعيدًا فِي الآخرة ؛ لَا غَير ، فمن زاد عليه الضَّمان كَانَ نسخًا ، وذلك لَا يجوز بالقياس.

وعلىٰ أنَّه سمَّاه غاصبًا مَجَازًا ، كَمَا سمي الشَّرع بائع الحرِّ بائعًا مَجَازًا.

وعن الثَّالث: أنَّ الاستِيلَاء المُوجِب للملك لَا يدلُّ عَلَىٰ المُوجِب للضَّمان لما مرَّ من الفَرق بينهما ؛ لأنَّا نحتاج للضَّمان إلَىٰ استِيلَاء يتعدَّىٰ إلَىٰ المالِك فيقصر يده بغَير حقٍّ ، وفي الملك يحتاج إلَىٰ حُصُول يدٍ عَلَىٰ المال غَير متعدٍّ إلَىٰ أحدٍ ، ونحن إنَّمَا أنكرنا التَّعَدِّي ، والله أعلم.

|١٤٠٦| **مسألةٌ**: ومنها: أنَّ المنَافِع لَا تُضمن بالغصب [عِندَنا][1] ، خِلَافًا للشَّافعي.

لأنَّا وإن سلَّمنا أنَّها أموالٌ ؛ كالأعيان تَصير المنافع[2] التي تحدُث بمنزلة الأولاد ، والوَلَد يحدثُ أمانةً عِندَنا ، فكذلك المنَافِع.

ولأنَّا ذكرنا أنَّ من شرط صحَّة الغصب أن يكون محلُّه محتملًا للنَّقل ، والمنافع لَا تبقىٰ زمانين ، ولا تَحتمل النَّقل ، فلا يُتَصَوَّر عَلَيها الغصب ، والله أعلم.

***

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».
[2] «ص» (تحدث للمنافع).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فصل الإِتلَاف

|١٤٠٧| [مسألةٌ][١]: قال علماؤنا: المنافع لَا تُضمن إلا بالإِتلَاف.

وقال الشَّافعي: تضمن(٢)، وإتلَاف المنافع في الانتفاع بالعين.

واحتجَّ بقوله ﷺ: «عَلَىٰ اليَد مَا أَخَذَت حَتَّىٰ تَرُدَّ»(٣).

وبالفقه؛ وهو: أنَّها أموالٌ متقوِّمةٌ، فتُضمن بالإِتلَاف فِي الجملة؛ قِيَاسًا عَلَىٰ الأعيان.

والدَّليل عَلَىٰ أنَّها أموالٌ حَقِيقَةً، وحُكمًا، وعُرفًا.

أمَّا الحَقِيقَة؛ فلأنَّ المال اسمٌ لما خُلق لمصالحنا من جملة مَا فِي العالم سوانا ممَّا نحسُّه، والمنافع سوانا منَّا ومن غَيرنا، أمَّا من غَيرنا؛ فإنَّها[٤] تبعٌ لأصولها، وقد خُلقت لمصالحنا العاجلة، فإنَّ جُلَّ مصالحنا ـ سوىٰ القوت ـ تقوم بالمنافع دُونَ الأعيان.

وأمَّا العُرف؛ فلأنَّ المال اسمٌ لما تقُوم به التِّجارة فِي الأسواق، والتِّجارة اسمٌ لتبادل مالٍ بمالٍ، والأسواق قائمةٌ بإجارة الصناع، وبيع الأعيان.

وكذلك الأموال تستنمىٰ مرَّةً بأعيانٍ تُشتري للبيع، وخاناتٍ تبنىٰ للإجارة،

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) انظر: «نهاية المطلب فِي دراية المذهب» (٧/٢٣١)، و«أسنىٰ المطالب» (٢/٣٤٢).

(٣) سبق تخريجه.

[٤] «أ» (فلأنها).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وقد تُستأجر جملةً، ثُمَّ تؤاجر لطلب الرِّبح.

وأمَّا الحُكم؛ فلأنَّ مَن ملك التِّجارة بإذنٍ ـ كالعَبد المأذون له، والوصي، والأب ـ يَملِك الإجارة.

وكذلك المذهب عِندَكم أنَّ الحيوان لَا يثبت دينًا فِي الذِّمَّة بَدَلًا عمَّا هو مالٌ، ويثبت بَدَلًا عمَّا ليس بمالٍ، ثُمَّ لَا يثبت بَدَلًا عن المنفعة، ويثبت مهرًا. وكذلك المنافع تصلح مهرًا، والمهر لَا يصحُّ إِلَّا مَا هو مالٌ بالإِجمَاع ونصِّ الكتاب.

ولأنَّ اعتياض المال عن المنفَعَة صحيحٌ شرعًا، ولا يجوز الاعتياض عمَّا ليس بمتقوِّم من نحو الخمر وحبَّة سمسم.

ولأنَّ القِيمَ إِنَّمَا تُعرف بالرُّجوع إِلَىٰ الأسواق، ومتىٰ رجعنا وجدنا لها قيمًا متَفَاوتةً؛ كَمَا تكون للأعيان، ويظهر ذلك بالاستِيفَاء بحكم عقدٍ فاسدٍ، فإِنَّه لَا يُوجِب إِلَّا القِيمَة.

ولا يَلزَم إذا غصب حرًّا وأمسكه لَم يضمن مَنَافِعه؛ لأنَّ الحرَّ فِي يد نفسه ومَنَافِعه تلفت معه، فَلَم يضمن لعدم إِثبَات يد الغاصب؛ كَمَا لَا يضمن هو فِي يد نفسه إذا تلف، ولا ثوبه الذي عليه؛ حَتَّىٰ إذا استَخدَم، وأتلف عليه ضمن؛ كَمَا إذا نزع ثوبه. فأمَّا العَبد فيَصِير فِي يد الغاصب مَغصُوبًا، فكَذَا المنفعة معه بمنزلة ولد الغصب، وسائر الزَّوائد.

ولا يلزم إذا اشتمَّ رائحة الطِّيب؛ لأنَّها غَير متقوِّمة؛ بدليل أنَّه لَا يصحُّ عنها الاعتياض. ولأنَّ الرَّائحة ليست بمَنفَعَة، بَل بخار يفوح منه مثل دخان الحطب.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ويدلُّ عَلَيه: إِجمَاعهم ـ فيمن اشتَرَىٰ جَارِيَةً فوطئها، ثُمَّ استحقَّت ـ أنَّه يضمن العقر؛ لأَنَّهُ أتلف مَنفَعَة البضع، وقد أتلف سائر المنافع بمنزلتِها، فليضمن كذلك.

ولهذا قُلنَا: من زنىٰ بحرَّةٍ كُرهًا ضمن العقر؛ لأنَّ الإِتلَاف[١] سواءٌ حالَ الكره وحالَ الرِّضىٰ.

ولا يَلزَم إذا زنىٰ بحرَّةٍ طوعًا؛ لأنَّ رضاها أَبطَل الضَّمان؛ كَمَا لَو أتلف ثوبها برضاها، وتعليلنا لبيان أنَّ المنفعة بمنزلة عين المال، وقد استويا حَالَ الرِّضىٰ.

[١] «أ» (الأموال).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ

ولأنَّا وإن سلَّمنا أنَّ المنافع ليست بمالٍ ، فلا يضرُّنا ؛ فإنَّها وإن لَم تكن مَالًا فهي متقوِّمةٌ شَرعًا بالمال . أَلَا ترىٰ أنَّها تجب إذا استوفاها بحكم عقدٍ فاسدٍ . وكذلك العَقد لَا يصحُّ اعتياضًا عمَّا لَا قِيمَة له كالخمر ، ولمَّا كَانَت متقوِّمةً بالمال ضُمنت بالإتلَاف كالأموال .

ولهذا قُلنَا : إذا شهد شاهدان[١] عَلَىٰ رجلٍ أنَّه طلَّق امرأته ثلاثًا ـ وقد دخل بها ـ ففرَّق القاضي بينهما ، ثُمَّ رجَعا= ضمِنا للزَّوج مهر المثل ؛ لأنَّ ملك النِّكاح وإن لَم يكن مَالًا ، فهو متَقوِّم بمهر المثل شَرعًا ، حَتَّىٰ إذا دخل بِهَا بعقدٍ فاسدٍ ضمن مهر المثل بالإجمَاع . وكذلك إذا شَهِدَا علىٰ العفو عن القِصاص ، وقضىٰ القاضي به ، ثُمَّ رجعا= ضمِنا الدِّيَة للولي ؛ لأنَّ القِصاص متقوِّمٌ بالدية[٢] شَرعًا .

بدليل : أنَّ المريض مرض الموت إذا صالَح عن القِصاص عَلَىٰ تمام الدِّيَة اعتبر[٣] من جميع المال .

وكذلك إذا عفا بعض الأولياء انقَلب نصيبُ الباقِين مالًا لاحتباس القصَاص عَلَىٰ مَن عليه القِصاص ، فاعتُبر بمالٍ لغَيره احتُبس معه . وكذلك إتلَاف الآدمي يُوجِب الدِّيَة أَصلًا ، والقِصاص زِيَادَة عُقُوبَة عند تمَحُّض التَّعَدِّي ؛ لأنَّ الآدمي متقوِّمٌ بالدِّيَة كالمالِ . أَلَا ترىٰ أنَّها تجب حَالَ الخَطَإ ، فكذلك حَالَ العمد ؛ لأنَّ التَّلف فِي حقِّه سواءٌ .

---

[١] «أ» «ن» (إنَّ شاهدين لَو شاهدا) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» «ن» (به) ، والمثبت من «ص» .

[٣] «ص» (أخذ) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فالشَّافعي جعل مَا ليس بمالٍ إذا تقوَّم بحكم العَقد ـ أو سَبَبٍ مَا شَرعًا ـ بمنزلة المال فِي التقوُّم، وجعل القِيمَة مثلًا له إذا أُتلف بغَير حَقٍّ؛ كالمال سواءً.

ولعلمائنا: أنَّ عمر ﷺ حكم فيمن اشتَرَىٰ جَارِيَة، فاستولدها، واستحقَّت = بردِّ الجَارِيَة، وَرَدِّ قِيمَة الوَلَد والعقر، وكان شاور فيه عليًّا ﷺ[1]، واشتهر فِي الصحابة، وَلَم يرو عن أحد ردٌّ، فصار إجمَاعًا، وَلَم يرد فيه القضاء بردِّ قِيمَة المنافع، ولو كَانَت وَاجِبةً لما حلَّ له الإعراض بعد مَا رفعت إليه القصَّة، وطُلب منه القضاء بما للمولىٰ عَلَيه.

❁ فإن قيل: القضاء بالعقر دليلٌ عَلَىٰ وُجُوب الأجرة؛ لأنَّ المتلف مَنَافِع فِي الأحوال كلِّها.

❁ قلنا: لَا كذلك، فالعقر عِندَنا بمنزلة أُرُوش الأطراف دُونَ أجُور المنافع ـ عَلَىٰ مَا بيَّنا فِي البيوع ـ، وبالإجمَاع بينهما فرقٌ؛ فإنَّ العقر لَا يُضمن بالإمساك، ولو كَانَ بدَل مَنفَعَة يُضمن عندك؛ كَمَا ضُمن بدَلُ سائرِ المنافع عندك، وتبيَّن أنَّه بدل العين.

والفقه فِي المسألة: أنَّ المنافع دُونَ الأعيان فِي الماليَّة؛ فلا يُضمن بإتلَافها مَا فوقها من الأعيان؛ كَمَا لَا يضمن بالرَّدِيء الجيِّد.

وكذلك لو شَهِدَ شاهدان عَلَىٰ رجلٍ بدينٍ، وقضىٰ له القاضي، ثُمَّ رجعا=

(١) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١١٥٤٧) عن الحسن، أن رجلا باع جارية لأبيه، وأبوه غائب، فلما قدم أبىٰ أبوه أن يجيز بيعه، وقد ولدت من المشتري، فاختصموا إلىٰ عمر بن الخطاب، فقضىٰ للرجل بجاريته وأمر المشتري أن يأخذ بيعه بالخلاص، فلزمه، فقال أبو البائع: مره فليخل عن ابني، فقال له عمر ﷺ: «وأنت فخل عن ابنه».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

لَم يَملِك المقضي عليه تضمين الشَّاهِدين للحال؛ لأنَّهُما أوجبا عليه دينًا، فلا يضمنان له النَّقد؛ لأنَّهُ فوق الدَّين فِي الماليَّة وصفًا.

وهذا؛ لأنَّ سَبَب وُجُوبه العدوان، وإنَّه لَا يُوجِب إِلَّا المثل بنصِّ الكتاب والسُّنة وإِجمَاع الأُمَّة.

والدَّليل عَلَىٰ أنَّ العَين خير من المنفعة: أنَّ العَين جوهر، والمنفعة عرَض، والجوهر خيرٌ من العرَض فِي ذاتِه بكثيرٍ، أكثرُ من زِيَادَة النّقد عَلَىٰ الدَّين عَلَىٰ مَا مرَّ.

فبين الدَّين والنَّقد تَفَاوتٌ فِي صِفة ذاتيهما، فَلَم يَجز استِيفَاء الأعلىٰ بَدَلًا عن الأدنىٰ إذا وجب بالتَّعَدِّي، فلأَن لَا يَجِب استِيفَاء الجوهر بَدَلًا عن العرض أولىٰ، وبين صفتي ذاتيهما تَفَاوتٌ كثيرٌ. أَلَا ترىٰ أنَّ المنفعة لَا تُضمن بالمنفعة[١] لتَفَاوتٍ بينهما قدرًا، وإن تساويا فِي صفة الذَّات، فلأَن لَا يَجِب النقد[٢]، وبينهما تَفَاوتٌ فِي الأَصل أولىٰ. أَلَا ترىٰ أنَّ العَين يقوَّم بنفسه، والمنفعة بغَيرها، فصار تبعًا فِي نفسه، والآخَر متبوعًا، والتَّفَاوت كثيرٌ بين التَّبع والمتبوع. وكذلك العَين يتَّصف ذاته بالبقاء زمانين، والمنفعة لَا تتَّصف [به][٣]، وبين البقاء والفناء تَفَاوتٌ عظيم.

ولأنَّ المال اسمٌ لما يُتموَّل، والمنفعة المعدومة ليست بشيءٍ، وبعد مَا يوجد لَا يقبل التَّمول؛ لأنَّهُ لَا يبقىٰ، فلمَّا لَم يقبل التَّمول ضعُفت ماليَّته، ولم

---

[١] «ص» (بدلا عن المنفعة).

[٢] «أ» (القدر)، «ص» (العين)، والمثبت من «ن».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يضمن متلفه ؛ كالحبَّة من الحِنطَة ؛ إِلَّا أنَّ المنفعة يُحتاج إليها لإقامة مصالحنا ، فجعلت مَالًا فِي الحُكم لضرورة الحاجة إليها ، وذلك فيما لَا بدَّ لنا منه من العقود عَلَيها . فأمَّا فِي حَقِّ ضَمَان الإِتلَاف فلا ؛ لأنَّا ننهىٰ عن الإِتلَاف صيانةً ، فلا حاجة لنا إذًا إليه ، وبالحاجة ظهور قيمتها وماليَّتها .

ولا يَلزَم عَلَىٰ هَذَا شاهدان شَهِدَا عَلَىٰ رجلٍ أنَّه أبرأ فُلَانًا عن دينه ، وقضىٰ القاضي بذلك ، ثُمَّ رجعا= ضمنا له النَّقد ؛ لأنَّهُما أتلفا عليه دينًا كَانَ يتعيَّن بالقَبض ، فضمنا له دينًا يتعيَّن بالقَبض ، فما بينهما زِيَادَةٌ ، فقد أتلفا أَصل الدَّين ، وأَبطَلا حَقَّ القَبض في العين[١] ، فضمنا له دينًا فِي الذِّمَّة بإبطال الدَّين ، وبإبطال حَقِّ القَبض ضمِنا له حَقَّ القَبض منهما ليعود إِلَىٰ مَا كان .

ولا يَلزَم إذا أتلف مَا لا مِثل له من الأموال ، فإنَّه يضمن القِيمَة ، وبين القِيمَة والمتلف أدنىٰ تفاوت ؛ لأنَّ الوَاجِب بالإِتلَاف مثله قِيمَة بلا تَفَاوتٍ ، وإنَّه معلومٌ عِندَ الله ، ثُمَّ لزمنا الاستِيفَاء كذلك ، وسقط عنَّا مَا لا يمكننا القيام به من أدنىٰ تَفَاوت ، وفي مسألتنا التَّفَاوت ليس يدخل فِي الاستِيفَاء ؛ بَل فِي أَصل الوَاجِب .

ولا يَلزَم من ضرَب إنسانًا فأصمَّه ، فإنَّه يضمن الدِّيَة ؛ لأنَّهُ لَا يضمن المنفعة ، بَل العضوَ المنتفع به ، فحياة الأذنين بسمعهما[٢] ، فإذا أذهَبَ سمعه فقد أتلفه حُكمًا ؛ كَمَا إذا ضربه فأذهب بصرَه ، والصُّورة قائمةٌ كذلك .

ولا يَلزَم إذا وطئ المرأة بشُبهةٍ ؛ فإنَّه يضمن العُقر ؛ لأنَّهُ عِندَنا بمنزلة الأرش ، والوطء بمنزلة الجرح فِي إِيجَاب الضَّمان عَلَىٰ مَا عُرف فِي موضعه .

---

[١] «أ» (القبض المعين) ، «ن» (القبض المعنىٰ) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» «ن» (الأذن بسمعه) ، والمثبت من «ص» .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

ولا يَلزَم إذا أتلف مَا يُسرع إليه الفساد، فإنَّه يضمن الدَّراهم التي لَا تفسد؛ لأنَّ التَّساوي بين المثلين يُعتبر حَالَ إقامة أحدهما مقام الآخَر دُونَ البقاء؛ لأنَّ البقاء بعد الإقامة ليس من شرط[١] الغصب والعدوان، وحال الوقوع هما جميعًا ممَّا يبقيان زمانين، وجوهران قائمان بأنفسهما، فتَفَاوتهما فِي أزمنةٍ بعد الوقوع، وذلك ليس بمُوجِب بالغصب، فصار هدرًا فِي حَقِّ ضَمَانه. كتَفَاوتٍ بين المَبِيع والثَّمن من حَيثُ ينمو المَبِيع من الحيوانات بنفسه دُونَ الثَّمن= لَا يسمَّىٰ مَا يحدث من زِيَادَةٍ ربحًا فِي البيع، ولا الآخر يسمَّىٰ مغبونًا[٢].

❁ فإن قيل: الوصيُّ يستأجر لليتيم مَا يحتاج إليه بدراهم؛ فيجوز، ولو كَانَ بينهما تَفَاوت لَا يجوز.

❁ قلنا: إنَّه يشتري العَبد بالعَبد، وبينهما تَفَاوتٌ يمنع أن يَجِب أحدهما بَدَلًا عن الآخَر فِي ضَمَان الإتلَاف والغصب.

فعلمت أنَّ القليل [من التَّفَاوت][٣] الذي لَا يُعتبر عَينًا في التِّجارات لَا يحجر الوصي، وإن كَانَ يمَنع ضَمَان التَّعَدِّي، والتَّفَاوت الذي بين الجوهَر والعَرض لَا يُعَدُّ عَينًا فِي الأسواق. وكذلك الحجر فِي خانٍ عَلَىٰ تقطيع وَاحِدٍ يُؤاجر فِي الأسواق بأُجرةٍ وَاحِدةٍ بلا تَفَاوتٍ، ولا تجب مَنفَعَة إحداهما بَدَلًا عن الأخرىٰ بالإتلَاف.

وهذا؛ لأنَّ ضَمَان العُقود فِي الأَصل بُني عَلَىٰ التَّراضي، لَا عَلَىٰ التَّساوي؛

[١] «ص» (موجب).
[٢] «ص» (معيوبا).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بَل عَلَىٰ التَّفَاوت، فالأرباح بهذا تَحصل؛ إِلَّا أَنَّ مِنَ التُّجار من[1] حُجر عليهم البيع بعينٍ؛ فما لَم يتحقَّق الغبن لا يثبت [الحجر][2]، وذلك قدر مَا لَا يَروج فِي الأسواق.

فأمَّا ضَمَان العدوان فمبنيٌّ عَلَىٰ المثل فِي أَصله، فما لَم يجد هَذَا الوصف يقينًا بين المتلف ومثله لَا يُوجِبه، فالمعلَّق وجوده بشرطٍ لَا يثبت مَا لَم يوجد بشرطِه، والمعلَّق زوالُه بشرطٍ لَا يثبت ما لم يُوجد، والشَّرط فِي الوصِي مَا يُتعَارف عَينًا فِي الأسواق.

❁ فإن قِيلَ: إذا أعمىٰ إنسانًا ضمِن الدِّيَة، والعَين وصف، ويضمن موصوفًا.

❁ قلنا: العَين فِي نفسِه جوهرٌ قائمٌ بنفسِه؛ إِلَّا أَنَّ حياتَه باتِّصاله بالجملة؛ كالرّأس لَا يَحيىٰ إِلَّا بالبدَن، عَلَىٰ أَنَّ المضمون نُقصَانٌ حلَّ بالجملة؛ لكنَّه مقدَّرٌ شرعًا، وإنَّه كمَن خرَق ثوبًا ضمِن مَا فات من الثَّوب.

❁ فإن قِيلَ: لَا مساواة بين العَين والدِّيَة فِي الماليَّة، فالعَين ليست بمالٍ.

❁ قلنا: كَانَ القياسُ أن لَا يَجِب، وإِنَّمَا وجب شَرعًا؛ بخِلَاف القياس عَلَىٰ مَا نذكر فِي دية النَّفس؛ فَلَم يجز القياسُ [عَلَيه][3]، ولا وَرَدَ نقضًا[4] للقياس.

عَلَىٰ أَنَّ تعليلنَا لمالين[5] تفاوتا؛ فقُلنَا: لَا يَجِب أحدهُما مثلًا للآخر

[1] «أ» «ن» (ما)، والمثبت من «ص».
[2] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[3] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[4] «ص» (نقصا).
[5] «أ» «ن» (لما)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بالإتلَاف، وإنَّه مجمعٌ عَلَيه، فأمَّا ضَمَان المال بما ليس بمالٍ فبابٌ آخر نذكره بعد هذه.

وقال محمَّد بن الحسن فيمن أكره رجلًا بوعيدٍ تلفٍ حَتَّىٰ نذر بعتق عبدٍ أو ظهار[١]، ثُمَّ أكرهه عَلَىٰ عتق[٢] أدنىٰ مَا يجوز= لَم يضمن شَيئًا؛ لأنَّهُ فِي الإِيجَاب ألزمه ضَمَانًا بغَير فتوىٰ، فلا يضمن ضَمَانًا يَلزَم، ويُحبس عَلَيه؛ لأنَّهُ فوقه وُجُوبا، وفي الإعتاق أكرهه عَلَىٰ أداء وَاجِبٍ، فلا يضمن.

وكذلك الحَلَال ـ إذا أكره مُحَرَمًا عَلَىٰ قتل صَيدٍ حَتَّىٰ قتله ـ لَم يضمن المكره شَيئًا؛ لأنَّهُ ألزمه ضَمَانًا بغَير فتوىٰ.

فلمَّا ثَبَتَ تعليل محمَّد أنَّ التَّفَاوت فِي صفة الوُجُوب مَنع الوُجُوب، فالتَّفَاوت فِي صفة الماليَّة أولىٰ. والشَّافعي لَم يبال بزِيَادَة تلزم[٣] المتعدِّي إذا لَم يكن توفير حَقِّ المتعدَّىٰ عليه إِلَّا بها.

وكذلك قلنا ـ فيمن اغتصب ساجةً فبنىٰ عَلَيها ـ: إنَّه ليس للمالك نزعُها؛ لما فيه من إبطال البناء، نظرًا للغاصب. والشَّافعي ينزعها ولا يُبالي به، فكذلك لَا يُبالي بمَا يلحقُه من زِيَادَةٍ في طريق استِيفَاء المثل.

ولا يُقال: إنَّه يؤدِّي إِلَىٰ فتح الطَّريق إِلَىٰ إتلَاف المنافع؛ لأنَّا نزجرهم عن ذلك بالتَّعزير والحبس حَتَّىٰ يتوبوا؛ كَمَا نفعل مثله فِي الشَّتم والإيذاء ممَّا[٤] لَا

---

[١] «أ» (فظاهر امرأته)، «ن» (ظاهر)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (عين)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (ويلزم).

[٤] «أ» «ن» (وما)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ضَمَان فيه.

ولهذا قُلنَا: من استأجر دارًا بشقص دارٍ لَم يَجِب فيه شفعةٌ؛ لأنها تجب بمثل الثَّمن شَرعًا بلا زِيَادَةٍ ولا نُقصَان؛ كمثل العدوان والمنافع لَا مثل لها.

ولهذا قلنا: فيمن آجَر دار غَيره غَصبًا: ملَك الأجرة؛ لأنَّ التَّقويم بالمال لَا يثبت إلَّا بالعَقد، والعَقد كَانَ منه[1]، فوجب له مَا ثَبَتَ به. كمن غصب حِنطَةً وزرعها يملَك النَّبات؛ لأنَّهُ نبت بزراعتِه وفعله، والحبُّ آلةٌ، فيضاف الخارج إلَىٰ الفِعل دُونَ الآلة.

فأمَّا الجَوَاب عنِ الأوَّل: أنَّ المنافع لَا تُتصوَّر مأخوذةً عَلَىٰ مَا مرَّ، إنَّمَا تُتصوَّر متلفةً، عَلَىٰ أنَّ الحديث لضَمَان العين المأخوذ لَا بدله، فبالغصب يضمن عينه لَا بدله، وإنَّمَا يُصار إلَىٰ البدل إذا عجَز.

وعن الثَّانِي: فإنَّا عَلَىٰ هذه الطَّريقة نُسَلِّم أنَّ المنافع أموالٌ؛ ولكن نقول: إنَّ العَين من الأموال أفضل منه.

وعن العُرف: أنَّ الأسواق تقوم بما يتَّجر فيه من الأموال، وليس من شرط التِّجَارات قيامِ المماثلة بين الأعواض عَلَىٰ مَا مرَّ.

وعن الحُكم: أنَّك استدللت بضَمَان العُقود، وما ضَمَانها بمبنيٍّ عَلَىٰ المماثلة بين الأعواض عَلَىٰ مَا مرَّ[2]، ونحن مَا نفَينا صِفة الماليَّة أَصلًا، وإنَّمَا نفينا المساواة.

---

[1] «ص» (فيه).

[2] تكررت العبارة في «ن»، وفي «أ» و«ن» زيادة (وعن الحكم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فأمّا قوله: إنَّ عقد المعاوضة لَا يرِد إِلَّا عَلَىٰ مالٍ متقوّم، فلا كذلك؛ فإنَّ الطَّلاق وما يزول به غَير متقوّم، ويجوز الاعتياض عليه علىٰ مَا نذكُر بعد هذا.

وأمَّا الحيوان فلا يَجِب بَدَلًا في الذِّمَّة [عن المنفعة؛ لأنَّهُ من الرِّبا، ويحتاط فِي تَحريمه، والمنفعة مالٌ من وجهٍ، فرُجِّح جانبُ الماليَّة فِي حَقّ الرِّبا][1].

وكذلك المديون إذا أنكر وحلف، ثُمَّ ظَفر صَاحِبُ الحقِّ بخِلَاف جنس حقِّه من مال المديون= لَم يَملِك الأخذ عِندَنا.

خِلَافًا للشَّافعي؛ لأنَّهُ ليس بمثلٍ له(٢).

وعِندَه: يأخذ؛ لأنَّهُ لم يقدر[3] إِلَّا كذلك.

وهذا بخِلَاف من قصَد مال إنسانٍ، فإنَّه يحِلُّ له أن يقتله إذا لَم يمكنه الدَّفع إِلَّا به؛ لأنَّ هَذَا التَّعليل لبيان مَا يَجِب جزاءَ تعدٍّ[4]، لَا لما[5] يُستباح دفعًا، فالدَّافع ملجأ إليه، والملجئ هو الذي يوقِعه فيه، فيكون هدرًا فِي حقِّه.

وعلَّل محمَّد بن الحسن - فِي غَير موضعٍ - أنَّ المنافع ليست بمالٍ، وإِنَّمَا أراد: أنَّها[6] ليست بمالٍ حَقِيقَةً، فالمال: اسمٌ لما يتموَّل، والمنافع لَا تَبقىٰ، فلا يمكن تموُّلها [بنفسها، وإِنَّمَا تتموَّل][7] بأصولها، وجواز العَقد عَلَيها لضَرورة

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
(٢) انظر: «التهذيب فِي فقه الإمام الشافعي» (٤/٦٣)، و«فتح العزيز» (٤/٥٠٠).
[3] «ن» (يعذر).
[4] «أ» «ن» (بعدُ)، والمثبت من «ص».
[5] «ن» (ما).
[6] «أ» «ن» (بها)، والمثبت من «ص».
[7] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الحاجَة عَلَىٰ مَا مرَّ، فصارت مَالًا فِي حقِّها لَا غَير عَلَىٰ مَا مرَّ، فلا تكون مَالًا بأنفسِها لولا الأَصل.

❁ فإن قِيلَ: لَا نُسَلِّم أَنَّها لَا تُتموَّل.

❁ قلنا: إنَّ التَّموُّل عِبَارَةٌ عن الصِّيانة لوقت الحاجَة؛ لَا عن الانتفاع بالإِتلَاف، فالأكل لَا يُسمَّىٰ تمولًا، والمنافع إن لَم تتلف بالانتفاع ـ كَمَا يحدثُ ـ تلفت بأنفُسها، فكيف يَرِد عَلَيها التّموّل.

وكذلك قالوا: من كَانَ له نصابُ زكاةٍ من مالِ التِّجارة، فاستأجَر به دُورًا للتِّجارة= بطَل الحول؛ كَمَا لو تزوَّج به امرأةً، أو اشتَرَىٰ مَالًا للبذلة، ولو كَانَت المنافع مَالًا حَقِيقَة لما انقطع بِهَا النِّصاب إذا أراد به التِّجارة، وإن كَانَت لَا تبقىٰ سنةً؛ كَمَا إذا اشتَرَىٰ بها الخُضروات للتِّجارة؛ لأنَّ العبرة في التِّجارة للقِيم، وهي تبقىٰ بالتِّجارة بما تبقىٰ، إِلَّا أنَّ الموجُود منها لما لَم تحتمل البقَاء بنفسها ــ ولا بدلها ــ انقطع بها النِّصاب.

وكذلك المريضُ مرَض الموت إذا تبرَّع بمَنَافِع دوره، وعليه دين يُحيط به= صحَّ؛ كَمَا يصحُّ من الصَّحيح، ولا يبطل الدَّين، ولو تبرَّع بالخُضروات ضمِن المتبرَّع عَلَيه، وإن عاش بعده بقَدر مَا كَانَت الخضروات لَا تبقىٰ فيه[١]؛ لأنَّها متقوِّمة، والقيم أثمان تبقىٰ، ولو أخرجها بعوض لبقي العوض، والمنافع بمنزلتها فِي بقاء قيمتها لَو كَانَت متقوِّمة، وبقاء عوضِها لَو آجر، فلمَّا لَم تبطل بحقِّ الغَريم عُلم أنَّها غَير متقوّمةٍ، وحقُّ الغرماء يثبت[٢] فِي القيم[٣]؛ لأنَّ أعيانها لَا تُستوفىٰ

[١] «أ» «ن» (منه)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (ما يثبت)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (الغنم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بحقِّهم، فلمَّا لَم تكن مَالًا عَلَىٰ الحَقِيقَة أو من وجهٍ ـ فالمال من كلِّ وجهٍ يكون أزيد ـ فلا يَجِب بَدَلًا عنه جزاء العُدوان.

وكذلك المذهب عِندَنا فِي كلِّ مَا ليس بمالٍ؛ أنَّه لَا يضمن بالمال إذا أتلف عَلَىٰ سَبِيل المُجَازَاة بَدَلًا عن المتلف أَصلًا.

منها: شاهدا تَحرِيم النِّكاح بعد الدُّخول إذا رجعا.

ومنها: شاهِدَا العفو عن القِصاص إذا رجعا بعد القَضَاء.

ومنها: قتل العمد لَا يُوجِب الدِّيَة.

وقد احتجَّ محمَّد بن الحسن فقال: لأنَّ النِّكاح ليس بمالٍ؛ وذلك ـ لما ذكرنا ـ أنَّ جزاء السَّيئة مثلُها شرعًا، والزِّيادة جور لَا سَبِيل إليه بحالٍ، وما ليس بمالٍ لَا يكون مثلًا للمال؛ لأنَّ المُماثلة إمَّا أن تُعتبر صورةً ومَعنَىٰ ـ ليتوفَّر حَقُّ المتلف عليه من كلِّ وجهٍ ـ، أو مَعنًىٰ لَا صورةً؛ لأنَّ الصُّورة سَقطت لتعذُّر الوجود، واقتَصر الأمر عَلَىٰ المعنىٰ.

وليس بين ملك النِّكاح والمال تَشابه صورةً؛ فالمرأةُ لَا تُشبه الدَّراهم، ولا مَعنًىٰ؛ لأنَّ مَعنَىٰ المال الماليَّة، وهي معدومةٌ فيما ليس بمالٍ. أَلَا ترىٰ أنَّا فِي الأموال لَا نضمن الجنس بجنسٍ آخر إلَّا لمماثلتهما[١] فِي مَعنَىٰ الماليَّة، وقد عُدم فيما نحن [فيه][٢].

وأَصل ذلك: أنَّ أحَد أولياء الدَّم إذا عَفا، فأَبطَل حَقَّ الباقِين فِي القِصاص=

[١] «ص» (لتباينهما).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

CamScanner

لَم يَضمن شَيئًا ، ولو كَانَ مُتَقَوِّمًا بالمال يَضمن ، كعبدٍ بين جماعةٍ أعتقه أحدهُم .

يدلُّ عَلَيه: أنَّ حقوق الله تعالىٰ تُضمن بالتَّفويت بأمثالِها كحقوق العِباد ، ثُمَّ المالي منها ـ كالزكاة والعُشر ـ إذا أتلفت الأموال التي وجَبت فيها= ضُمنت بمثلها مالًا ، وما ليس بمالٍ ـ نحو الصَّوم والصَّلاة ـ إذا فوتت عن وقتِها لَم تضمن بالمال أَصلًا ، وإِنَّمَا يضمن بمثلِها عبادة بدن إن أمكن ؛ وإلَّا تأخَّر الضَّمان إِلَىٰ الآخرة .

كَمَا إذا فاته الرَّمي فِي الحجِّ[١] ، ـ أو فاتته[٢] الجمعة ؛ فإِنَّها لَا تُقضىٰ بمثلِها صلاة جمعةٍ ، بَل تسقط ، ويَجِب قضَاء الظُّهر ـ ؛ لأنَّ الرَّمي عبادةٌ لَم تُشرع كلَّ حينٍ ، وإنما توجد في وقت خاصٍّ ، فَلَم يقدر[٣] العَبد عَلَىٰ مثل الفائتِ عبادةً مشروعةً له .

وكذا الجمعة ركعتان بخطبةٍ قائمةٍ مقام أربعٍ لَا توجد مشروعةً للعبد كلَّ حينٍ ، وإِنَّمَا توجد فِي وقتٍ خاصٍّ ، فَلَم يقدِر عَلَىٰ مثله ، فيسقط أَصلًا ؛ إِلَّا فِي حَقِّ الإثم . فكذلك فِي حقوق العباد مَا ليس بمالٍ لَا يضمن بالمال أَصلًا ، ويسقط أَصلًا فِي الدُّنيا لما [لَم][٤] يقدِر عَلَىٰ المثل .

ولا يَلزَم الدِّيَة عن النَّفس بقتل الخطإ ؛ لأنَّ القياس أن لَا تجب ، وتعليلُنا لبيان أنَّ عين[٥] المال لَا يَجِب أَصلًا وقِيَاسًا ، والدِّيَة وجبت شَرعًا بخِلَاف القياسِ

[١] «ص» (زمن الحج).
[٢] «أ» «ن» (وفاتت) ، والمثبت من «ص» .
[٣] «ن» (يعذر) ، والمثبت من «ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .
[٥] «ص» (غير).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

لضرورةٍ، وهي: أنَّ الدَّم خطره عظيمٌ، وقد ضمن[١] بمثلٍ هو أغلظ العقوبات، قتلًا بقتلٍ، فإذا تعذَّر إيجابه لمكان عذرٍ مانعٍ من العُقُوبَة أوجب المال إظهارًا لعظم خطِره حَتَّىٰ لَا يُهدر بحالٍ فِي الدُّنيا، فلا يهون [من][٢] أمر الدُّنيا بحال، فَلَم يجز القياس عَلَيه، واقتصر الحُكم عَلَىٰ حَالِ الضَّرورة؛ كحلِّ الميتة عِندَ الضَّرورة. وكما يضمن الصَّوم عِندَ النَّاس عن المثل بالطَّعام، ولَم يصر أَصلًا يُقاس عليه غَير حَالَ النَّاس. وكذلك المال فِي حقوق الله تعالىٰ أُبدل بالصَّوم فِي الكفَّارات بخِلَاف القياس عِندَ العدم، ولَم يصر أَصلًا يُقاس عليه فِي ضَمَان إتلَاف المال فِي الزكاة وغَيرها[٣]، وإنَّمَا بقي الحُكم فيما وَرَدَ النصُّ فيه بعينِه، فكذلك فيما نحن فيه.

ثُمَّ النصُّ وَرَدَ بتقويم الآدمي بالمال فِي النَّفس المحترمَة[٤] وأجزائها حَالَ تعذُّر إمكان الصِّيانة بالقِصاص فرارًا عن الهدر، وهوانِ أمرِه؛ فَلَم يَجِب حَالَ إمكان الصِّيانة بالقِصاص، ووجب إذا لَم يمكن.

وكذلك العُقر عِندَنا فِي حُكم بدل جزءٍ منها [أُخذ منها][٥]، أو جرحت وَلَم تمكن الصِّيانة [فيها][٦] بالقِصاص، فيُصان بالمال، حَتَّىٰ إذا وجب الحدَّ بالزِّنا، ووقع الزَّجر عنه بالعُقُوبَة لَم يَجِب المال.

وكذلك المهر ـ فِي النِّكاح الصَّحيح والفاسِد ـ يَجِب حَالَ وقوع الملك

[١] «ص» (ضيق).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (وغيره)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (المحرمة).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

عَلَيها ، فإنَّه فِي حُكم ملك جزءٍ منها دُونَ مَنَافِعها عَلَىٰ مَا عُرف ، فعظم خطره ، فَلَم يُشرع إِلَّا بمالٍ ، فالتَّملُّك تلفٌ حكمي ، فألحق بالوطء ، فلا يَجِب عِندَ إِتلَافه عَلَىٰ الزَّوج بالحُرمَة ؛ لأنَّ الملك من جانب المرأة زال عنها ، وَلَم يَملِك عَلَىٰ الرَّجُل نفسه ليَجِب المال إظهارًا للخطر ، والوُجُوب فِي الأَصل كَانَ إظهارًا لخطر النَّفس ؛ بأن كَانَت حرَّةً لَا مُلك[١] عَلَيها ، فملكت.

وكذلك لَا يَجِب عِندَ إبطال القِصاص بالشَّهَادَة ؛ لأنَّ من عليه [القصاص][٢] برئ وحيِيَ بالعفو ، ووليُّ القِصاص لَم يتلف عليه نفسه حَتَّىٰ يُصان عن الهدر= فيَجِب المال.

فتبيَّن بهذا الذي قلناه أنَّ الشَّافعي جعل ضَمَان التَّلف فرعًا لضَمَان العَقد ، وضَمَان غَير حَالِ الضَّرورة فرعًا لضَمَانٍ يَجِب ضرورةً ، وكلاهما فاسدان ؛ لأنَّ ضَمَان العقود لَم يبن عَلَىٰ المماثلة ، وضَمَان الإِتلَاف بُني عَلَىٰ المماثلة ، وحال الضَّرورة حكمها ـ أبدًا ـ يكون بخِلَاف قياس الأصول ، ولذلك[٣] أُضيف إِلَىٰ الضَّرورة ، أو ضرب عذرٍ.

وتبيَّن من مذهبنا استدلالًا ، ونصًّا من أصحابنا: أنَّ مَا ليس بمالٍ لا يضمن بالمال أَصلًا ، بَل بعذرٍ[٤] بيَّنه الشَّرع ، فلا يتعدَّاه ، وما هو[٥] مالٌ لَا يُضمن بالتَّعَدِّي إِلَّا بمثله مالًا ، ومتىٰ لَم يمكن سقط أَصلًا إِلَّا من حَيثُ الإثم ؛ كعدوانٍ

[١] «ص» (فإن كانت حرة لا يملك).
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٣] «أ» (وكذلك)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» (بقدر).
[٥] «أ» (وهو)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لَا يُوجِب ضَمَان المال من نحو الشَّتم والإيذاء.

❖ فإن قِيلَ: إذا عفا عن الدَّم بعضُ الأولياء يقوَّم نصيب الباقين.

۞ قلنا: العافي لَا يضمن، ولو[١] يقوَّم لضمن[٢]؛ كَمَا إذا أعتق بعض العَبد وهو موسرٌ، وإِنَّمَا يضمن القاتل؛ لأنَّ القتل تعذر استيفاؤه بقصاصٍ[٣] ومُوجِب القتل عِندَ التَّعذر ـ لعارضٍ مَعَ قيام القاتل ـ الدِّية؛ كَمَا فِي الخَطَأ صيانةً لأمر الدِّماء عَلَىٰ مَا مرَّ.

❖ فإن قِيلَ: وَلَمَ وجبَ هدر[٤] حَقِّ المتلف عليه بسَبَب زِيَادَة تلزمُ المتعدِّي؛ بَل كَانَ المتعدِّي أوْلىٰ بأن تُهدر صفة ماله لوجهين:

أحدهما: أنَّه متعدٍّ، فكان أوْلىٰ بإلحاق الضَّرر به.

والثَّانِي: أنَّه إِنَّمَا يُهدر به وصف ماله، وفيما قلتموه يُهدر أَصل مالِ المتلف عَلَيه.

۞ قلنا: بَل مَا قلناه أوْلىٰ لوجهين:

أحدهُما: أنَّ حَقَّ المتلَف عليه لَا يُهدر؛ بَل يتأخَّر إِلَىٰ الآخرة، وذلك تأخيرٌ يحصل لَا بصنعنا، فلا يكون علينا وبالُه، ولو أوجبنا مثلًا زائدًا كَانَ إيجاباً منَّا، فيكون وباله علينا، فلا يحِلُّ لنا تعدِّي حدَّ الشَّرع لإبقاء[٥] حقٍّ.

---

[١] «أ» «ن» (ولا)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (يضمن)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (بقضاء)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (تعذر).

[٥] لم تضبط في «ن»، ولعلها: (لإيفاء).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأنَّ الزِّيادة جورٌ، وإنَّها لَا تحلُّ بحالٍ، ولا يجوز أن يَجِب شرعًا. فأمَّا سقوط ضَمَان الحقوق فِي الدُّنيا، فجائز شرعًا، فدارُ الجزاء عَلَىٰ الحَقِيقَة هي الآخرة، وإنَّمَا عُجِّل فِي الدُّنيا بعض الأجزية دُونَ البعض، فالمصير إِلَىٰ جائزٍ أَوْلىٰ من المصير إِلَىٰ مَا لَا يجوز.

وقوله: «إنَّ الغاصب ظالمٌ ومتعدٍّ»، فالظَّالم فِي الشَّرع لَا يجوز ظلمه إلَّا بقدر[١] المجازاة[٢] له، ولا يسقط حقُّه وراء مَا ينتصف منه؛ بَل حقُّه مراعًىٰ فيما وراء المثلِ مثلُ حَقِّ من لَم يتعدَّ، والكَلَام وقع فيما وراء المثل.

وقد أجبنا[٣] ـ عن هدر[٤] أَصل حق المتعدىٰ عَلَيه ـ بأنه[٥] لَا يهدر؛ بَل يتأخَّر إِلَىٰ حين القدرة عَلَىٰ المثل، والتَّأخير بعذر العجز أَصلٌ فِي كتاب الله، قال الله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، والله أعلم.

|١٤٠٨| مسألةٌ[٦]: ولهذا قال علماؤنا: إنَّ الموصىٰ له بسكنىٰ الدَّار إذا آجر لَم تطب له الأجرة؛ كالغاصب، وكذلك المستأجر إذا آجر[٧] بأكثر ممَّا استأجر.

خِلَافًا للشَّافِعِي؛ فإنَّه قال: تطيب كالعين(٨).

[١] «ص» (بعذر).

[٢] «أ» «ن» (المختار)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ص» (أوجبنا)، والمثبت من «ن».

[٤] «ص» (نحن بقدر).

[٥] «أ» «ن» (فإنَّه)، والمثبت من «ص».

[٦] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» (وكذلك إذا آجره).

(٨) انظر: «بحر المذهب» للروياني (٧/١٥٦)، و«التهذيب فِي فقه الإمام الشافعي» (٤/٤٣٩).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إلَّا أنَّا نقول: هي ليست بمالٍ حَقِيقَةً متى اعتبرت بنفسها منفصلةً عن العَين، ومال من وجهٍ؛ وجهه: أنَّه ليس بمالٍ؛ فحرم[1] الاعتياض، والوجه الآخَر يُبيح؛ فأوجب الكراهة.

بخِلَاف مَا إذا ملك العين، ثُمَّ آجرها[2]، لأنَّا جوَّزناه شَرعًا؛ بخِلَاف القياس، فلا يُقاس عليه إذا ملكت المنفعة مَقصُودةً دُونَ الأَصل؛ لأنَّها أبعدُ عن المملوك تبعًا للأَصل؛ لأنَّ قِوامه بالأَصل.

وبخِلَاف مَا إذا استأجر؛ لأنَّ جهة الماليَّة ترجَّحت بضَمَان الأجر، ولأنَّ المسلمين أجمعوا عَلَىٰ أنَّ المُستَعِير لَا يُؤاجر، وإن ثَبَتَ أنَّه بالعَارِيَة يَملِك المنافع بغَير عوضٍ؛ كَمَا يَملِك بالإجارة بعوض. وكذلك لَو قال: «وهبتُ لك سُكنىٰ داري» لَم يَملِك أن يؤاجر، والمنافع مما[3] يُملك بالتَّمليك بغَير عوضٍ؛ كَمَا بالوصيَّة، فدلَّ أنَّه لَا يَملِك الإجارة متىٰ ملكها بغَير عوضٍ، وحُرمَة المعاوضة تدلُّ عَلَىٰ أنَّه ليس بمالٍ، والله أعلم.

|١٤٠٩| مسألةٌ: إذا اغتَصَب جلد ميتةٍ، فدبغه بشيءٍ له قِيمَة، ثُمَّ استهلكه= لَم يضمن شَيئًا عِندَ أبي حنيفة.

وقال صَاحِباه: يضمن قِيمَة جلدٍ [طاهرٍ][4] غَير مدبوغٍ.

لأنَّ الجلد عينه لصَاحِبه، وَلَم يتبدَّل، والخلط الذي دبغه به حَقُّ الغاصب،

---

[1] «أ» «ن» (يحرَّم)، والمثبت من «ص».

[2] «أ» «ن» (آجر)، والمثبت من «ص».

[3] «أ» «ن» (ما)، والمثبت من «ص».

[4] ما بين [ ] ليس في «ن» و«أ».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فلا يُعتبر فِي حَقِّ صَاحِبه ؛ كما لو دبغه بشيءٍ[١] لَا قِيمَة له ؛ لأنَّ الزِّيادة حقُّه[٢]، فلا يضمن لنفسه. وكذلك إذا اغتصب خمرًا، فخلَّلها، ثُمَّ استهلكها= ضمن لصَاحِبها مثلها[٣] خلًّا. ألا ترىٰ أنَّ أبا حنيفة يقول: إنَّ الجلد قبل الدَّبغ لَم تكن له ماليَّة متقوِّمة، وكان[٤] مملوكًا لصَاحِبه، وبالدَّبغ حدثت الماليَّة المتقوِّمة، والصَّنعة بنفسِها ماليَّة متقوِّمةٌ لَا يأخذ الجلدَ مالكُه؛ إِلَّا بعد ما يعطيه مَا زاد الدَّبغ فيه.

ولمَّا كَانَت الصَّنعة ماليَّة متقوِّمة منفصلة عن ماليَّة الأَصل، وماليَّة الأَصل حدثت بالصَّنعة= صارت تبعًا لماليَّة الصَّنعة من حَيثُ حدثت بِهَا ـ وهو التَّقوم ـ، ثُمَّ الصَّنعة ماليَّتُها مَضمُونةٌ بما زاد الدَّبغ فيه، فكذلك ماليَّة الأَصل تكون هكذا.

بخِلَاف ملك الجلدِ، فإنَّه كَانَ قبل الصَّنعة؛ فَلَم يصر تبعًا له ضرورةً[٥]، والأَصل لَم يتغَيَّر[٦] ولا صار مستهلكًا بالصَّنعة، فبقِي عَلَىٰ ملك المالِك؛ كالثَّوب يصبغه[٧] الغاصب، فيَملِك الصَّنعة بملك الأَصل، ويصير تبعًا له فِي حَقِّ الملك؛ لأَنَّهُ صفةٌ[٨] له، ومن حَيثُ القِيمَة يَصِير تبعًا للصَّنعة؛ لأنها حدثت[٩] به.

---

[١] «أ» «ن» (فيعتبر في حق صاحبه بالوديعة شيءٌ)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (حقيقة).
[٣] «أ» «ن» (مثلًا)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» (وكانت)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «أ» «ن» (حدودنا)، والمثبت من «ص».
[٦] «ن» (يعتبر).
[٧] «أ» «ن» (بصنعة)، والمثبت من «ص».
[٨] «أ» (صنعة)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٩] «أ» «ن» (لأنَّهُ حدث)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كمن غصب حِنطَةً، وزرعها= ملَك الزَّرع؛ لأنَّهُ حدث بزراعتِه، فأُضيف إليه.

بخِلَاف الخمر المغصوبة، فإنَّها إن خُلِّلت بشيءٍ لَا قِيمَة له لَم يكن للصَّنعة قِيمَةً ليَصِير الأَصل تبعًا له فيها، فيَصِير كالجلد يُدبغ بالتُّراب والشَّمس وما لَا قِيمَة له، وإذا لَم يَصِر تبعًا للصَّنعة اعتُبِرت بنفسِها.

وإن خُلِّلت الخمر بخلٍّ أُلقي فيها، أو مِلحٍ له قِيمَة= ملَك الخمر كُلَّها عِندَ أبي حنيفة بخلط مَا لا يُمكن تَمييزه قبل أن يَصِير خلًّا= فلا يَضمن لصَاحِبه شَيئًا، والله أعلم.

|١٤١٠| مسألةٌ[١]: إذا كسر الملاهي ضمِن ـ عِندَ أبي حنيفة ـ قيمتها؛ لَا للَّهو.

وقال صَاحِباه: لَا يضمن.

والمسأَلَة ذكرناها فِي كتاب الإجارات: فِي الأجير المشترك. وفي المناسك: فِي المحرم يأخذ صَيدًا، فيجيء آخرُ، ويُرسله من يده. وفي الدِّيات: فيمن علَّق قنديلًا فِي مسجدٍ، فسقط عَلَى إنسانٍ، فجرَحه. فالباب وَاحِد؛ هما غَلَّبا ههنا جِهة المعصِية، وأبو حنيفة بقَّى جِهة صَلاحِه[٢] لَا للمَعصِية، فالأَصل أنَّها لا للمَعصِية.

[١] «ص» (فصل).

[٢] «ص» (ماليته).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

CamScanner

فصل الحُكم

|١٤١١| **مسألةٌ**[١]: إذا اغتَصب حيوانًا أو مَالًا ممَّا يتَفَاوت فِي أنفسِها، وعجَز عن ردِّها= ضمِن قيمتَها عِندَ عامَّة العُلماء.

وقال بعضُ النَّاس: يضمن مثلَها [صورة][٢] من جنسِها معدَّلًا بالقِيمَة.

لأنَّهُ أَقرَب إِلَىٰ المساواة صورةً ومَعنًىٰ؛ لأنَّ المعنىٰ فِي القِيم، وقد عدل بينهما بالقِيمَة؛ كَمَا يعدِل بالدَّراهم، فصَار أوْلىٰ من الدَّراهم التي تَفُوت فيها المساواة صورةً، وهذا ـ لما ذكرنا ـ: أنَّ ضَمَان العُدوان مثلُ المتلف مَا أمكن، وقِيَاسًا عَلَىٰ المكيل والموزون.

ورُوي أنَّ عائشة ﵂ كسَرت صحفةً لحفصة[٣] فأوجب النَّبي ﷺ عليها مثلها(٤).

وروىٰ محمَّد بن الحسن: أنَّ أعرابيًّا أتىٰ عُثمان بن عفَّان ﵁ فقال: إنَّ بني عمِّك عدوا عَلَىٰ إبلي، فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلَانَها، فقال عثمان ﵁: إذا

[١] الترجمة ليست في «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٣] «أ» و«ن» (قصعة لصفية)، والمثبت من «ص».

(٤) رواه البخاري (٥٢٢٥) من حديث أنس ﵁، قال: كان النبي ﷺ عند بعض نسائه، فأرسلت إحدىٰ أمهات المؤمنين بصحفة فيها طعام، فضربت التي النبي ﷺ في بيتها يد الخادم، فسقطت الصحفة فانفلقت، فجمع النبي ﷺ فلق الصحفة، ثم جعل يجمع فيها الطعام الذي كان في الصحفة، ويقول: «غارت أمكم» ثم حبس الخادم حتىٰ أتي بصحفة من عند التي هو في بيتها، فدفع الصحفة الصحيحة إلىٰ التي كسرت صحفتها، وأمسك المكسورة في بيت التي كسرت.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

نضمن[١] إبلًا مثل إبلك وفصلانًا مثل فصلانك ـ الحديث.. إلَىٰ أن قال عبد الله بن مسعود ـ: أرىٰ أن يأتي هَذَا واديه، فيُعطي ثَمَّ إبلًا مثل إبلِه وفصلانًا مثل فصلَانَه، فرضِي به عثمان ـ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ـ [فأعطاه إيَّاه][٢](٣).

ولعامَّة العلماء: مَا روي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «مَن أَعتَقَ شِقصًا لَهُ في[٤] عَبدٍ قُوِّمَ عليه نَصِيبُ شَرِيكِهِ إِن كَانَ مُوسِراً»(٥) وَلَم[٦] يقُلْ: ضمِن مثل نصف عبدٍ آخر، وهذا حديثٌ مشهورٌ مقبولٌ بالإِجمَاع.

وأمَّا حديث عائشة، فيحتمل الإِيجَاب صُلحًا، ويحتمل أنَّ القصعة[٧] كَانَت عدديَّةً متقاربةً.

وأمَّا حديث عثمان، فما كَانَ إِلَّا صُلحًا، فإِنَّ ضَمَان تعدِّي بني عمِّه مَا كَانَ يَجِب عَلَيه.

وأمَّا المعنىٰ، فما مرَّ أنَّ ضَمَان التَّعَدِّي عَلَىٰ المال مثل ذلك المال علىٰ المُساواة، فإذا كَانَ الشَّيء من العددِيَّات المتَفَاوتة لَم يَجِب إِيجَاب مثلها عددًا شرعًا؛ لأنَّ بينهما تَفَاوت خلقةٍ فِي الماليَّة التي هي مَعنَىٰ الفائِت والخلف، ولأجلِها يَجِب الضَّمان، فيفوتُ شرط الوُجُوب، فلا تَجبُ الصُّورة، ويَجِب

---

[١] «ص» (نعطيك).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص»، وهو الموافق لمصدر التخريج.

(٣) رواه محمد بن الحسن الشيباني في «الأصل» (١١٩/١٢)، والشافعي ـ من طريقه ـ في «الأم» (١٢١/٣).

[٤] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص».

(٥) رواه البخاري (٢٥٠٤)، ومسلم (٣٧٦٥)، من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

[٦] «أ» و«ن» (لو لم)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (القصة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

المعنىٰ قِيمَة مثلها بلا تَفَاوتٍ عَلَىٰ مَا أوجب الشَّرع ؛ لأَنَّهُ متصورٌ وجود مثل قيمته بلا تَفَاوت ، وإِنَّما يقع التَّفَاوت بعد إِيجَاب الشَّرع بتعييننا ، وقد عذرنا نحن[١] لعجزنا عَلَىٰ مَا مرَّ .

بخِلَاف المكيلات والموزونات ؛ لأَنَّها غَير متَفَاوتةٍ خلقةً ، فأمكن إيجاب المثل صورةً عَلَىٰ شرط المساواة ، فَلَم يترك اعتبار الصُّورة مَعَ الإمكان ، وحقُّ الأَوَّل فيما أتلف فِي الصُّورة والمعنىٰ جميعًا . أَلَا ترىٰ أَنَّه إذا اشترَىٰ عشرةَ أقفزة حنطةٍ بعشرة دراهمٍ كَانَ له أن يبيع القفيز منها مرابحةً عَلَىٰ درهمٍ ؛ لأَنَّهُ لَا تَفَاوت بين قُفْزانها ، فوجب الانقسام عَلَىٰ الذَّات[٢] ، وبمثله فِي العبيد لَا يجوز له ذلك للتَّفَاوت الذي بينهم لَا يُعرف قدر الواجب[٣] من الجملة قطعًا .

ولا يَلزَم عَلَىٰ هَذَا جواز السَّلم فِي الثِّياب ، والمقبوض بالمسلم فيه مثله سواء ؛ لأنَّ الصُّورة لَم تصِر حَقًّا بالعَقد لربِّ السَّلم ، فالعَقد مَا أوجب إِلَّا ثوبًا موصوفًا ، وله مثل عَلَىٰ تلك الصِّفة فِي جملة الثِّياب قطعًا متىٰ سقط اعتبار العين .

ثُمَّ التَّفَاوت بعد ذلك إِنَّمَا يقع بتعييننا ذلك المثل ممَّا عِندَنا ، فعذرنا لعجِزنا عنه ؛ كَمَا عذرنا فِي تعيين قدر القِيمَة ، ولابدَّ من أدنىٰ تَفَاوتٍ يقع بينها[٤] وبين العين . فأمَّا الغصب والقرض فيُوجِبان مثل الأَوَّل صورةً ومَعنَىٰ ، لأنَّ حَقَّ الأَوَّل كَانَ ثابتًا فيهما جميعًا .

[١] «أ» (وقد علمنا عذرنا نحن) ، «ص» (ونحن قد عذرنا منه) ، والمثبت من «ن» .

[٢] «أ» (الدار) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] «ص» (الواحد) .

[٤] «أ» «ن» (بينهما) ، والمثبت من «ص» .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

ومن فصل الحكم:

|١٤١٢| مسألةٌ: [قال علماؤنا رحمهم الله][١]: الغصب يُفِيد الملك فِي المغصوب عِندَ القضاء بالضَّمان أو التَّراضي عَلَيه.

وقول النَّاس: «ضَمَان الغصب يُفِيد [الملك»][٢]، خطأٌ؛ لأنَّ الضَّمان[٣] يَجِب من حين الغصب، فهو السَّبب عِندَنا[٤]؛ كالبيع، ولا يُوجب[٥] عِندَ القضاء ببدَل الأَصل عِندَ تعذُّر ردِّه.

وقال الشَّافعي: لَا يُفِيدُ(٦).

حَتَّىٰ إذا ظهر المغصوب منه بعد الضَّمان كان حَقًّا للغاصب عِندَنا؛ كَمَا لَو اشتراه.

وكان حَقًّا للمَغصُوب منه عِندَ الشَّافعي، ويردُّ الضَّمان(٧)، وذلك لأنَّ الغصب عدوانٌ مَحض، فلا يكون سَبَبًا للملك بضَمَانه؛ قِيَاسًا علىٰ الجناية.

ومَعنَىٰ قوله: «عدوان»[٨] أنَّه حرامٌ شَرعًا، «مَحضٌ» مَا فيه وجه إباحةٍ من الوجه الذي حرُم، فإنَّه حرم حَقًّا للمالك، ولا إباحة فيه من ذلك الوجه، وتأثيره:

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ن» و«أ».

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«أ».

[٣] «أ» «ن» (الملك)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (المفيد).

[٥] «ص» (ولكن موجبه).

(٦) انظر: «نهاية المطلب فِي دراية المذهب» (٧/٥٥٠)، و«كفاية النبيه فِي شرح التنبيه» (١١/١٤٢).

(٧) انظر: «الحاوي الكبير» (٧/١٧٦)، و«المجموع شرح المهذب» (١٤/٢٩٥).

[٨] «أ» «ن» (بعد)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أنَّ أسباب الملك مشروعةٌ، فالمنهي[١] عنه من كلِّ وجهٍ يكون ضدَّه.

ولا يَلزَم الرَّجُل يستولدُ جَارِيَةً بينه وبين غَيره؛ لأنَّ الاستِيلَاد هو السَّبب، وما يلاقي ملكه؛ فملكُه يبيح له ذلك، فَلَم تتمَحَّض حرمته. وكذلك الرَّجُل يستولدُ جَارِيَة ابنِه؛ لأنَّهُ جُعل بمنزلة كسبه عِندَ الحاجة [إليه][٢]، فكان ذلك سَبَبًا مُبيحًا له، فإن لَم تثبت الإباحة لمانعٍ[٣] بقيت الشُّبهة وبقي التَّأويل.

وهذا كَمَا قال الشَّافعي: إنَّ الزِّنا عدوانٌ مَحض، فلا يفيد حُرمَة المصاهرة؛ لأنَّها نعمةٌ علِّقت بأسبابٍ مشروعةٍ، لَا محظورة[٤] مَحضة.

وقال: إنَّ الرِّبا لَا يُوجِب الملك؛ لأنَّهُ حرامٌ قطعًا، والبيع المُوجِب للملك سَبَبٌ مشروعٌ فضدُّه لَا يُساويه،

ويدلُّ عَلَيه: إذا كَانَ المغصوب مدبَّرًا فأبق، فضمِنه[٥] = لَم يَملِك المدبَّر، وقد ملَك عليه الضَّمان. وتبيَّن بهذا أنَّ ضَمَان الغصب لَم يشرع مفيدًا للملك؛ إذ لَو شُرع لما صحَّ بنفسِه ثابتًا متخلِّفًا عن حكمه، وهو الملك؛ كضَمَان البيع. وقد صحَّ وُجُوب الضَّمان عن المدبَّر؛ بدلَالَة أنَّ الحاكم يُلزمه الخروج عنه.

ولا مَعنَى لقولكم: إنَّ الأَصل فِي البدل والمبدَّل أن لَا يجتمعا، بَل البدل يَجِب عِندَ عدم المبدل؛ لأنَّا نُسَلِّم لكم هذا، وضَمَان القِيمَة بدل خِلَافة عن

[١] «ص» (فالنهي).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (لمعنى مانع).
[٤] «أ» «ن» (محظور)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» «ن» (فضمن)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

الفائِت بالغصب، لَا بدلَ مقابلة كالثَّمن؛ بدليل أنَّه لَا يَجِب مَعَ القدرة عَلَىٰ الأَصل. وكذلك لَو كَانَ المغصوب قُلبًا، فقضىٰ القاضي بقيمتِه عليه بهشمه= لَم يبطل القضاء بالتَّفرق من غَير قبضٍ؛ بخِلَاف الصَّرف.

فثبت أنَّ القِيمَة بدلُ خِلَافة عن الأَصل؛ فلا يَجِب إِلَّا بعد عدَم الأَصل، فلا يجوزُ أن يجعل الأَصل هو المال المغصوب؛ لأَنَّهُ لَم يفُت عن ملكِه، والبدل مملوكٌ، وبدلُ الخِلَافة لَا يَجِب مَعَ قيام الأَصل، فبقاءُ الملك فِي الأَصل بنفيِه[١]. فعُلم أنَّه بدلُ نُقصَان حلَّ بيد المالِك عن مالٍ مملوكٍ، فجبر ذلك النُّقصان ببدلٍ مملوكٍ، فلا يكون جمعًا بين البدل والمبدل؛ كَمَا فِي قلع السِّن، يَجِب الضَّمان جبرًا للنُّقصَان الحَاصِل بالقلع؛ لا بَدَلًا عن السِّن. ثمَّ هَذَا البدل سقط حكمه بالقدرة عَلَىٰ الأَصل كالسِّن إذا نبت، والمتيمِّم إذا قدَر عَلَىٰ الماء.

ولأنَّا نوجِب هَذَا الخلف إحياءً للفائِت من حَقِّ المغصوب [منه][٢]، فلا نوجب[٣] من حَيثُ يفوت عليه ملكًا لَم يكن فائتًا؛ بَل من حَيثُ يُجبر الفائت[٤] مَعَ قيام مَا لَم يفُت، وذلك فِي جعل البدل خلفًا عن نُقصَانٍ حلَّ بيده؛ كَمَا فِي غصب المدبَّر[٥]، وضَمَان الجنَاية.

ولعلمائنا: أنَّ ضَمَان القِيمَة بدلٌ من المال المغصوب الأَصلي بالغصب لَا عن النُّقصان فِي اليد؛ لأنَّ هَذَا الضَّمان خلفٌ عن الضَّمان الأَصلي بالغصب،

[١] «أ» (بنفسه)، والمثبت من «ص» و«ن».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (نعجب)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» (محنىٰ الغائب)، «ن» (يحيىٰ الغائب)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (الحديد).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

والمضمون الأَصلي هو المال المغصوب بعينه بالإِجمَاع، وعليه ردُّه إليه ليَخرُج من الضَّمان الأَصلي بالغصب، لَا النُّقصان، فكذلك الخلفُ يكون خلفًا عن ذلك المضمون، وهو المال.

هَذَا هو الأَصل، فلا يميل عنه إِلَىٰ جعل الأَصل الذي قدَّره الخصم أَصلًا إِلَّا عِندَ العجز عن هَذَا؛ كَمَا لَا يُقضىٰ بالقِيمَة إِلَّا عِندَ العجز عن عين المغصوب.

ولأَنَّهُ ضَمَانٌ وجب جبرًا لما فات من حَقِّ المغصوب منه بالغصب، والفائت دراهم أُخذت من الكيس، فامتلأ الكيس، وحقُّه في الحَقِيقَة الدَّراهم لَا الامتلاء، فالمَقصُود من الامتلاء المال؛ لا نفس الامتلاء، فيَجِب جبر المَقصُود مَا أمكن؛ لَا جبر مَا هو تبعٌ من امتلاء يدِه[١] أو كيسِه بالمال.

فأَمَّا قوله: «إنَّ المال الفائت فِي ملكه، فلا يَجِب خلف ملكِه مَا بقي أَصل الملك».

فالجَوَاب عنه: أنَّ ضَمَان القِيمَة إِنَّمَا يَجِب إذا عجَز الغاصبُ عن الرَّد، وإذا جاء العجز عن الأَصل جاء وقت البدَل خلفًا عنه كَمَا فِي سائِر الأبدَال، ومن شرط إِيجَاب بدَل الخِلَافة عن أَصلٍ عدمُ الأَصل، فلما وجب القَضاء بمثل الأَصل مملوكًا له ـ ومن شرطِه عدمُ الأَصل بملكِه ـ ثبت زوالُ ملك الأَصل أوَّلًا مقتضًىٰ به، ثُمَّ يرتَّب عليه ملك البدَل، وصحَّ الأمر بإِيْجَاب بدلِه، وإن لَم يثبت شرطُه بعد ـ وهو عدم [ملك][٢] الأَصل ـ إذا كَانَ الشَّرط ممَّا ثَبَتَ بالائتمار[٣] به مقتضىً. كمن قال لآخر: «أعتق عبدك عنِّي عَلَىٰ ألف درهم» صحَّ الأمر،

[١] «ص» (امتلائه).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ن» (فالائتمار)، «أ» (يثبت والائتمار)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

وملكُه العبدَ شرطٌ ، وقد عُدم ؛ لأَنَّهُ ممَّا يثبت مقتضىٰ الائتمار به ، فإذا أعتق ثَبَتَ الملك بالشِّرَاء أوَّلًا ، ثُمَّ العتق ؛ لأنَّ من شرط عتقِه عنه ملكُه العَبد أوَّلًا ، فثبت الملك أوَّلًا مقتضىٰ به ، ثمَّ ترتَّب العتاق عَلَيه ؛ كَمَا لَو صرَّح بالشِّرَاء ، ثُمَّ بالأمر بالإعتَاق عنه. فكذلك ههنا يزول ملك الأَصل أوَّلًا مُقتضًىٰ به ، ثُمَّ يترتَّب عليه ملكه بدَل الأَصل ؛ كَمَا لَو أتىٰ بما ينصُّ عَلَىٰ الإزالة من ضَمَان البيع ، وتبيَّن أنَّ الغصب يُوجِب الملك فِي البدلين ؛ كالبيع ، إِلَّا أنَّه أوجب اقتضاءً ، والشِّرَاء أوجبَ نصًّا.

بخِلَاف الجناية ؛ لأنَّ الأرش يَجِب بَدَلًا عن النُّقصان دُونَ الفائِت[١] من الطَّرف ، لأنَّ الفائت لَا قِيمَة له ، ولا مُعتبر به ، إِنَّمَا حَقُّ[٢] صَاحِب الحقِّ فِي صورتِه وسلامتها ، والطَّرف مُعتبرٌ به وصفًا للصُّورة لَا مَقصُودًا ، فوجبَ عِندَ الإِفَاتَة ضَمَان المَقصُود ، وهو مَا يَجبِر نُقصَان الصُّورة فيكمِّلها.

ولا يَلزَم إذا أخذ القِيمَة بقول الغاصب ؛ لأنَّ الملك[٣] ثبت للغَاصب ، والتَّعليل وقع لذلك إِلَّا أنَّه غَير وَاجِبٍ لخللٍ في رضىٰ المغصوب منه وقع بالبدل الذي سمَّاه الغاصب ، وميلُه إلىٰ أحدهما بضرورة[٤] فقْد الحُجَّة ؛ فأشبه شراءَ المعيب ، أو شراءَ مَا لَم يره.

ولا يَلزَم غصب المدبَّر ؛ لأَنَّهُ لَم يمكن إِيجَاب الضَّمان خلفًا عن المدبَّر ؛

[١] «أ» «ن» (الغائب) ، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (إنما هو حق) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» زيادة (يزول عن المغصوب منه).
[٤] «ص» (ومثله إلىٰ آخره كان لضرورة).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

لأنَّ من شرطِه[١] عدم مِلك الأصل، ولا يمكن إِثبَاته، فأوجب الضَّمان خلفًا عن نُقصَانِ [حلَّ][٢] بيده؛ كَمَا فِي الجنايات؛ لأنَّ الغصب جنايةٌ فِي حَقِّ اليَد، وكان كضمان[٣] الصُّلح يكون بَدَلًا عن المال المصالح عليه مَا أمكن، فإن لَم يمكن يجعل بَدَلًا عن إسقاط المدَّعي حقَّه؛ لأنَّ فِي الصُّلح مَعنَىٰ الإسقاط، ولمَّا يضمن القضاء ببدل الغصب تمليكًا للأَصل= لَم يبق المغصوب فِي حَقِّ المغصوب منه أَصلًا، فلا يبطل البدَل بالقدرة عَلَيه؛ بَل يتأكَّد مَعنَىٰ التَّمليك بالقُدرة؛ كَمَا فِي البيع. وليس فيما أنَّ المعجوز عن تَسلِيمه لَا يجوز تمليكُه تبعًا لَا يجوز بضَمَان الغصب أيضًا؛ لأنَّ التَّمليك ههنا يقع ضمنًا للقضاء بضَمَان القِيمَة، فلا يُشترط لصحَّته شروطه ـ لَو ثَبَتَ قصداً ـ؛ فإن قرض الحيوان ثَبَتَ ضمنًا فِي البيع، ولا يثبت قصدًا، والشِّرَاء فِي ضمن العتق[٤] ثَبَتَ من غَير قبولٍ، والبيع قصداً لَا يثبت[٥].

والجَوَاب عن العدوان: أنَّ الملك غَير ثابتٍ[٦] من حَيثُ إنَّ الشَّرع جعل الغصب مُوجِبًا ملكَ بدل العَين عَلَىٰ سَبِيل الخِلَافة عنه، فأوجبنا الملك بما هو مشروعٌ منه؛ لَا بالتَّعَدِّي كَمَا قلتَه أنت.

وكذلك عقد الرِّبا يُوجِب الملك من حَيثُ إنَّه مشروعٌ عَلَىٰ مَا بيَّنا، لَا من حَيثُ إنَّه منهيٌّ عنه.

[١] «أ» «ن» (شرط)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (ضَمَان)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» زيادة (بألف).

[٥] «ص» (والبيع قصد أن لا يثبت من غير قبول).

[٦] «ص» (أن الملك يثبت).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وكذلك حُرمَة المصاهَرة بالزِّنا تثبتُ من حَيثُ إصابة موضعِ الحرِّ أو الولاد[١] وذلك مخلوقُ الله، وليس بمَعصِية، والله أعلم.

|١٤١٣| **مسألةٌ**: قال علماؤُنا الثَّلاثة: نُقصَان ولادة الغصب ينجبر بالوَلَد.

وقال زُفَر: لَا ينجبر.

وهذه المسألة قريبةٌ من حكم الغصب، وليست بعينها.

أمَّا وجه مَا ذَهَبَ إليه زُفَر فظاهر، وهو أنَّ الأَمَة كَانَت مَضمُونةً عليه بجميع أجزائها، وما فات من أجزائها بالولادة فقد عجز عن ردِّه[٢]، فيَلزَمه ردُّ بدلها؛ كَمَا لَو فات الكلُّ، أو فاتت بالولادة ومات الوَلَد، فلا يجوز أن يكون ولدُها بدل الفائِت[٣] منها؛ لأنَّ حدَّ البدل: مَا يُملَك بالقيام[٤] مقام الأَصل؛ كالأرش عن السنِّ المقلوعة، وضَمَان جَميع الأُمِّ إذا هلَكت، والوَلَد مُلِك [المغصوب منه][٥] بكونه جزءَ الأَصل، لَا بالقيام مقامه. أَلَا ترىٰ أنَّ الوَلَد يبقىٰ عَلَىٰ ملكِه مَعَ زوال النُّقصان عن الأمِّ، فثبت أنَّه لَا تعلُّق لملك هذه الزِّيادة بذلِك النُّقصان. أَلَا ترىٰ أنَّ أرش السِّنِّ لما كَانَ بَدَلًا عن النُّقصان سقَط بنَبات السنِّ وزوال النُّقصان؛ ولأنَّ النُّقصان لمَّا بقي فِي الأُمِّ احتِيج إِلَىٰ أداء الضَّمان ليبرأ عن حُكمه؛ فلا يتأدَّي بمال من له الضَّمان؛ كَمَا لَا يتأدَّىٰ بدراهم مغتصبةٍ منه، أو هلكت الأُمُّ وفي الوَلَد

[١] «ص» (الحوب أو سبب الولاد).

[٢] «أ» «ن» (ردها)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (الثابت)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (للقيام)، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وفاءٌ لَم يتأدَّ ضَمَان الكلِّ به.

بخِلَاف مَا لَو قلَع سنَّها، ثمَّ نبتتِ أخرىٰ، فإنَّ الضَّمان يسقط بالسِّن، وهو مالُ المغصوب منه؛ لأنَّ الضَّمان يسقط ـ لَا بأداء الضَّمان ـ لَكِن بزوال سَبَب الضَّمان، وهو [ذهاب][1] النُّقصان بنباتِ سنٍّ أُخرىٰ؛ لأنَّ الأرش مَا كَانَ يَجِب بَدَلًا عن السنِّ السَّاقطة؛ لأنَّها ليست بمالٍ؛ لَكِن بإزاء النُّقصان [الباقي][1] فِي الأَمَة؛ وقد ارتفع بالنَّبات، والنُّقصان لَا يزول إِلَّا بمال المالِك؛ لأنَّهُ يزداد من مالِه، وإِنَّمَا أنكرنا نحن[2] أداءَ الضَّمان بمالِه مَعَ بقاءِ سَبَب الضَّمان.

وكان نظيرُ الوَلَد نظيرَ من حصَد مبقلة(٣)، فنبتت أُخرىٰ= لَم يبرأ عن ضَمَان مَا حصَد. وكذلك لَو جزَّ صوف شاةٍ فنبتَ آخر، أو قطَع قوائِم شجرةٍ ثُمَّ نبتت، فلا ينجَبر بما تولَّد من الشَّجرة مَا انتقص منها.

وليس هَذَا كمن اغتصَب نُقرة فقطَعها، ثُمَّ ردَّ الكلَّ؛ لأَنَّهُ لَم يَفُت شيءٌ من أجزاء الغصب؛ لأنَّ أجزاءه فِي وزنه، والوزن كلُّه باقٍ، وإِنَّمَا تفرَّقت، وَلَم يكن [فِي][4] الاجتماع زِيَادَة ماليَّة لتفوتَ بالتَّفرُّق مَعنًىٰ، فيضمنُ حَتَّىٰ لَو كَانَ قُلبًا ضمِن بالتَّفريق، ولا يبرأ بالرَّدِّ، وكذلك إذا لَم يرض[5] صَاحِبُه، والولادة ليست تفرُّق أجزاء الغصب، فإنَّ الوَلَد ليس ممَّا غُصِب. أَلَا ترىٰ أنَّه أمانة؛ لأَنَّهُ حدث[6]

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (بحق)!

(٣) المَبْقَلة: موضع البقل. انظر: «مختار الصحاح» (ص: ٣٨).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ن» (بالرد كذلك إذا لم ير).

[٦] «أ» «ن» (لأنها حدثت)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بغَير صنعه بالولادة، وأجزاء الأَصل كلُّها مَضمُونةٌ.

ولا يَلزَم مَا ذكر فِي الجامع: فيمن مات، وترك ثلاثة أعبد قيمتهم عَلَىٰ السَّواء، فشَهِدَ شاهدان أنَّه أوصىٰ بهذا العَبد بعينه لهذا الرَّجُل، وقضىٰ القاضي به، ثمَّ شَهِدَ آخران أنَّ الميت أوصىٰ بهذا العَبد الآخَر لرجلٍ آخر، فإنَّ القاضي يقضي لكلِّ وَاحِدٍ منهما بنصف العبد، ولو رجع الشُّهود جميعًا لَم يضمنوا شَيئًا؛ لأنَّ كلَّ شَهَادَةٍ إن أفادت نصف عبدٍ أفاتت نصفًا فَلَم يَجِب الضَّمان، كأنَّهما لَم يفوِّتا[١] شَيئًا، وإن كَانَ الملك لوَاحِدٍ فِي الفائت والفائد[٢]؛ لأنَّ هذه المسأَلَة غَير منقولةٍ عن زُفَر.

ولأنَّ كلَّ وَاحِدٍ من الموصىٰ لهما يستحقُّ كلَّ العَبد؛ بدليل أنَّ أحدَهما لَو ترك وصيَّته أخذ الآخَر الكلَّ، وإنَّمَا يبطل من كلِّ وصيَّةٍ نصفُها بالأخرىٰ، فيَصِير للورثة نصفُ عبدٍ أوصي به لغَيره بإزاء النِّصف الذي استحقَّ عليه وصيَّةٌ بشَهَادَة كلِّ فريقٍ، ولمَّا كَانَت سلامةُ ملك النِّصف فِي الفائد بسبب[٣] الشَّهَادَة استقام خلفًا عن الفائِت، فأمَّا ههنا فسلامةُ الوَلَد للمولىٰ غَير متعلِّقة بنُقصَان الولادة بحالٍ، فلا يكون بَدَلًا عنه.

ولأنَّ الوَلَد لو صلُح بَدَلًا عن نقص[٤] الأُمِّ الفائِت بالولادة ـ إذا كَانَ به وفاءٌ بالبعض ـ صلح بَدَلًا عن الكلِّ إذا ماتت من تلك الجناية[٥]. وههنا لَو ماتت

[١] «أ» «ن» (يعيِّنوا)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (والعائد)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (العائد بسَبَب)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (بعض).
[٥] «ص» (إذا ماتت الأم بالولادة)، وفيها زيادة: (بالكلِّ؛ كضَمَان الجناية لما صلح بَدَلًا عن=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الأُمِّ بالولادة ـ وبالوَلَد وفاءٌ بالأُمِّ ـ لَم يصر خلفًا عنها، فكذا عن بعضها.

ولا مَعنَىٰ بأن يُقال[١]: بأنَّ الموت لَا يُضاف إِلَىٰ الولادة؛ لأنَّ الولادة بمنزلة الجرح؛ عِلَّةٌ للنُّقصان للحال، ومتىٰ ماتت فِي ذلك الألم أُضيف الموتُ إليه؛ كالجرُح سواء. أَلَا ترىٰ أنَّه لَو اغتصب أمةً فردَّها مريضةً عن ولادة، فماتت من ذلك= ضمِن الغاصب قيمتَها؛ كَمَا لَو ردَّها مجروحةً.

ولأنَّك تجعل الوَلَد خلفًا عن النُّقصان قدر الموجود بنفس الولادة، وما يزدادُ بعد ذلك قبل الرَّد ممَّا يجوز أن يكون أو لَا يكون، فكذلك النُّقصان فِي مقابلته وجب أن يستوي مَا حدث بنفس الولادة وما ازداد بعدها ممَّا يجوز أن يكون ولا يكون.

ولأنَّ الوَلَد لَو ازداد عِندَ المغصوب منه لم ينجبِر به ضَمَان النُّقصان، فكذلك إذا ازداد عِندَ الغاصب؛ لأنَّ الزِّيادة بكون الوَلَد حيًّا لَا بالولادة، فَلَم تكن زِيَادَة الولد[٢].

ولعلمائِنا: أنَّ الولادة لَو تُصوِّرت بلا نُقصَانٍ فِي الأُمِّ لما ضمِن الغاصب شَيئًا، وكذلك لَو ارتفع النُّقصان بصحَّة الجَارِيَة وانعِدام النُّقصان بزِيَادَة فِي البدن= لَم يضمن الغاصب شَيئًا، فكذلك إذا انعدم النُّقصان بخلفٍ عن الأجزاء الفائتة بالولادة؛ لأنَّ الخلف أبدًا يعمل عمل الأَصل فيما صار خلفًا عنه، والوَلَد خلفٌ عن الجزء الفائت بالولادة بذاته، فيعمل عمل ذلك الذَّات،

= البعض الفائت بالجناية.).

[١] «أ» زيادة (لقول من قال)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (الولادة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وذلك[١] الذَّات الفائت لَو بقي وَلَم يفت كَانَ عمله مَنع تَمكُّن النُّقصان بالولادة، فكذلك الوَلَد يمَنع تمكُّن النُّقصان؛ بل[٢] الوَلَد فِي أنَّه خَلفٌ عمَّا فات بالولادة بمنزلة زِيَادَةٍ حدثت فيها، فأزالت النُّقصان، فإنَّ الثَّابتة خَلفٌ؛ [بأن خلفَ][٣] مَا فات[٤] فِي مكانه، وهذا فِي غَير مكانه، والخلف فِي مكان النُّقصان جبَر النُّقصان حُكمًا بأن أسقط ضَمَانه، فكذلك هَذَا الولد[٥] يَجبره حُكمًا؛ لأنَّهُ بمنزلة فِي الخِلَافة.

وكذلك النُّقرة المغصوبة إذا كُسرت حَتَّى انتقَص ذات الجملة بما زال عنها[٦] بالقطع= لَم يضمن الغاصِب شَيئًا؛ إلَّا ردَّ الجملة، والجزء المزايل عنها[٦]؛ لأنَّ المزايل عين مَا فات من[٧] النُّقرة، فمَنع قيامَه بعينِه مزايلًا عنه تمكُّن نُقصَان موجبه ضَمَانٌ آخر غَير ردِّ الجملة متفرِّقةً كذلك. فكذلك فِي مسألتنا هذه لمَّا ثَبَتَ أنَّ الوَلَد خلفٌ عن الجزء المزايل عن الجُملة بالولادة يعمل عمل المُزايل لو بقي بعينه، وعمل ذلك المزايل لَو بقي منع ضَمَانَ آخر غَير ضَمَان الرَّد جملةً متفرِّقةً كذلك، فكذلك فِي مسألتنا هذه.

ولا إِشكَال فِي أنَّ الخلف يعمل عمَل الأَصل فيما صار خلفًا عنه كالتُّراب[٨]

---

[١] «ص» (وكذلك).

[٢] «ص» (لأن).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (بأن خلق ما قام).

[٥] «ن» (فكذلك هذه).

[٦] «أ» «ن» (عنه)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» (عن).

[٨] «ص» (كالصعيد).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

عن الماء [فِي الطَّهارة][١]، والصَّوم عن العتق فِي الكَفَّارَة، والأشهر عن القُرء فِي العدَّة؛ وإِنَّمَا الإشكَال فِي الخِلَافة بين الوَلَد وما فات بالولادة، وتفسيرُ هذه الخِلَافة بدلٌ يقوم مقامَ الأَصل لعدمِهِ، فيكون بَدَلًا يخلفُه، لَا بَدَلًا يقابلُه؛ كالثَّمن فِي المثمَّن.

والدَّليل عَلَيه: أنَّ الولادة - ويعنِي بِهَا انفصال الوَلَد عن الأمِّ - يُوجِب نُقصَان جزءٍ هو مال من الأَصل، وزِيَادَة جزءٍ هو مالٌ، وهو الوَلَد، فصار عينُ هَذَا الحادث بالولادة بَدَلًا وخلفًا عن العَين الفائت بها؛ لأَنَّهُ لَا حدَّ للخِلَافة غَير هذا، وهو أن يأتِي عارضٌ فيُفيت شَيئًا، ويُفيد[٢] آخر؛ كقطع اليَد لما أفاتَ اليَد، وأوجب الأرش [كَانَ][٣] خلفًا عنها، وإراقةُ الماء [لما][٤] أعدم طهورًا، وأفاد آخر كَانَ خلفًا عنه.

❁ فإن قِيلَ: لَو كَانَ الوَلَد بَدَلًا لما بقي حَقًّا للمولىٰ مَعَ ارتفاع النُّقصَان بالولادة[٥]؛ كَمَا فِي سائِر أبدال الخِلَافة، لَا تبقىٰ مَعَ وجودِ الأَصلِ.

❁ قلنا: إنَّ الوَلَد لَا يبقىٰ بَدَلًا إذا ارتفع نُقصَان الولادَة، ولا يبقىٰ مَضمُون الرَّد حَتَّىٰ لَو هلَك لَم يَلزَمه شيءٌ من الضَّمان بفوت ردِّه؛ لأنَّ الأَصل قد وُجد؛ ولكن يبقىٰ ملكًا للمولىٰ؛ لأَنَّهُ - في الملك - لَم يكن بَدَلًا [بذاته عن الفائت؛ لأَنَّهُ كَانَ ملكًا له بالتفرُّع عن ملكِهِ؛ لا بأن صار بَدَلًا عن الفائت، وإِنَّمَا كَانَ بَدَلًا

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (ويعيد)، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (نقصان الولادة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بذاتِهِ عن الذَّاتِ الفائت لا يَملِكُه عن]^[١] الملك الفائتِ ؛ كَمَا لَو ارتفع النُّقصان بزِيَادَة فِي بدنها[٢] تكون هذه الزِّيادة خلفًا فِي الوجود عمَّا فات أوَّلًا.

بخِلَاف أرش السنِّ ؛ لأَنَّهُ بدل[٣] يَملِكه عن الفائت ، فإذا نبت السِّن ـ وهو[٤] الأَصل ـ سقَط ملكُه البدَل ، وجائز إِثبَات البدليَّة بالذَّات دُونَ الملك ؛ لأنَّا نثبت البدليَّة لحُكم يستغنئ فيه عن ملك الغَير ، وهو انعدامُ النُّقصان عنِ الأَصل ؛ فإنَّه ينعدم أبدًا بملك المغصوب منه بأن يزداد ولا ينتقص ، وكذا ينعدمُ بخلفٍ من ملكِه . أليس[٥] أنَّ التُّراب بدلٌ عن الماء ، وإن كَانَ التُّراب ملكُه والماء ملكُه ؛ لأَنَّهُ ليس بخلفٍ ملكًا ؛ بَل خلفٌ[٦] تطهيرًا عن الحدث ، والأَصل كَانَ يطهره مملوكًا له وغَير مملوكٍ ، وكذلك الخلف ، والقُدرة عَلَىٰ الماء لَا تبطل ملكه عن التُّراب ؛ بَل تبطل كونه طهورًا ؛ لأنَّ الخِلَافة فِي الطّهورية دُونَ الملك. فكذا ههنا الخِلَافة فِي قيام ذاتٍ مقام ذاتٍ لإعدامِ النُّقصان عن الأُمِّ لَا الملك ، ومتىٰ سمنت الجَارِيَة ، انعدم النُّقصان بالأَصل لَا بالخلفِ.

❊ فإن قِيلَ: إن الولادة تُظهِر الوَلَد ولا تُوجِبه.

❊ قُلنَا: كذلك ، والوَلَد لا يقوم مقام النُّقصان لأنَّه ولد ؛ بل لأَنَّهُ مالٌ متقوِّمٌ. أَلَا ترىٰ أنَّ الوَلَد الميِّتَ لَا يقوم مقامه والاسم قائمٌ ؛ لأَنَّهُ ليس بمالٍ[٧] ، وإنَّمَا

---

[١] ما بين [ ] ليس في «ص».
[٢] «أ» «ن» (يديها) ، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (لأنه لا بدل) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» (وهي) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «أ» «ص» (السن) ، والمثبت من «ن».
[٦] «ص» (يختلف ملكا... يختلف تطهيرا...).
[٧] «ص» (بملك).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

صار الوَلَد مَالًا مُتَقَوِّمًا بالولادة؛ لأَنَّها قبل الولادة عيبٌ فِي الإماء، والعيب لَا يكون مالًا. وفي البهائم تعدُّ زِيَادَةَ صفةٍ للأمِّ؛ كَمَا لَو سمنت، وكلامنا في ماليَّة قائمةٍ بالوَلَد لَا صفة للأمِّ. أَلَا ترىٰ أنَّ الوَلَد أمانةٌ، ولو كَانَ موجودًا مَالًا حين الغصب فيما إذا غصبها حَامِلًا لَا يفصل مَضمُونًا؛ كالدُّرة فِي الحُقَّةِ. وكذلك لَو تزوَّج امرأةً عَلَىٰ الحبَل، وعلم بالوجود يقينًا بأن ولدت من ساعتِها وجب مهر المثل؛ لأَنَّهُ سَمَّىٰ مَا ليس بمالٍ؛ كَمَا لَو تزوَّجها عَلَىٰ خمرٍ.

❁ فإن قِيلَ: إنَّ النُّقصان مضافٌ إِلَىٰ الحبَل أو إلىٰ العلوق؛ لأَنَّهُ هو السَّبب.

❁ قُلنَا: كلامنُا فِي نُقصَانٍ حدث بالولادة، وزِيَادَةٌ حدثت بها حَتَّىٰ كَانَت أمانةً، فلأن وجبت إضافةُ أحدهما إِلَىٰ السَّبب السَّابق من عُلوق أو حبَلٍ أُضيف الآخر كذلك، فيَصِير السَّبب وَاحِدًا.

ونظير هذه المسأَلَة: مسألة الشَّهادتين بالوصيَّتين، عَلَىٰ مَا ذكرنا فِي حُجج زُفَر.

ولا يَلزَم إذا ماتت الأُمُّ من الولادة؛ لأَنَّها متىٰ ماتت منها صارت الولادة موتًا، وسقط اعتبار الولادة وقوتها؛ كالقطع إذا سرىٰ إِلَىٰ النَّفس يَصِير قتلًا من الابتِدَاء، ويسقط اعتبار القطع وضَمَانه، فإنَّ الرَّجُل متىٰ قطع يد امرأةٍ كَانَ الضَّمان فيه الأرش، ومتىٰ سرىٰ إِلَىٰ النَّفس وجب القِصاص، فكذلك ههنا إذا سرىٰ يَصِير موتًا [من الأصل][1]، فيكون الفوت فوت موتٍ بالولادة؛ لَا فوت ولادة. ومن حَيثُ إنَّ الولادة مميتةٌ لَا توجب زِيَادَةً، وإِنَّمَا توجب زِيَادَةً إذا[2] اقتصرت

[1] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[2] «ص» (من حيث).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

ولادة، فالوَلَد زِيَادَة الولادة لَا زِيَادَة الموت، فيكون خلفًا عن نُقصَان الولادة لَا الموت، ومتىٰ ماتت منها كَانَ النُّقصان نُقصَان موتٍ، وَلَم يبق شيءٌ منه يُضاف إِلَىٰ الولادة؛ كَمَا قلنا فِي ضَمَان القطع إذا صار نفسًا.

ولأنَّا ألحقنا الوَلَد بأجزاءٍ تزداد فِي الأمِّ، فيذهب النُّقصان، وجعلناه بالخِلَافة جائز النُّقصان فيها حَتَّىٰ صحَّ الخبر [بمال][1] صَاحِب الأَصل، ولا يُتَصَوَّر الجزء[2] إلا بعد قيام الأَصل بزِيَادَةٍ تحدثُ فيها، فكذلك الخبر بالخلف يكون بمنزلته؛ لأنَّ الخلف لَا يعمل إِلَّا عمَل الأَصل.

وإذا ثَبَتَ أنَّ الوَلَد حدث خلفًا عن الجزء الفائِت بالولادة قائمًا مقامَه، فإذا ازداد فِي نفسِه سرىٰ حُكم البدليَّة إِلَىٰ الزِّيادة؛ كالأَمَة المَبِيعة إذا ولدت كَانَ الوَلَد مبيعًا مُقابلًا بالثَّمن عَلَىٰ اعتبار القَبض، فسرىٰ إِلَىٰ الزِّيادة، وإذا أَخَذه المولىٰ سقَط اعتبارُ البدليَّة؛ لأنَّ البدليَّة فِي رفع نُقصَان الأَصل به المضمون[3] عَلَىٰ الغاصِب، فإذا استوفاه المالِك سقَط اعتبارُ المقابلة؛ لأنَّهُ ضَمَانٌ عَلَىٰ المولىٰ؛ كَمَا إذا قبَض المشتري ولد المَبِيعة سقَط اعتبارُ المقابلَة بضَمَان الثَّمن، ولا يسري بعد ذلك إِلَىٰ الزِّيادة.

بخِلَافِ زيادة نُقصَان الأمِّ؛ لأنَّهُ يزدادُ، والوَلَد بدلٌ عنه إِلَّا أن تموت؛ لأنَّهُ يَصِير نُقصَانًا آخر الآن غَير مضافٍ إِلَىٰ قدرِ الولادة؛ بَل إِلَىٰ زِيَادَةٍ عارضةٍ اتَّصلت بِهَا؛ كالرَّجُل يموت من الجَلد لَا يُضاف إِلَىٰ قدر الحدِّ؛ بَل إِلَىٰ زِيَادَةٍ ليست بحدٍّ

[1] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[2] «ن» «ص» (الخبر).

[3] «ص» (دفع نقصان الأصل المضمون).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

اتَّصلت به.

وهذا بخِلَاف من جزَّ صوف شاةٍ ثُمَّ نبتَ، لَا يقوم مقام الفائت بالجزِّ؛ لأنَّ الحادث حدث بكون الشَّاة حيَّةً لَا بالجزِّ، والشَّاة لَم تكن بَدَلًا عن الفائت لتسري البدليَّة إِلَىٰ مَا يتولَّد من الزِّيادة.

فالمسألة إِنَّمَا تتَّضح بمعرفة الحُكم الثَّابت بالوَلَد، وهو انعِدام النُّقصان المُوجِب للضَّمان؛ لَا أداء الضَّمان، والله أعلم.

|١٤١٤| مسألةٌ: إذا غصب[١] طعامًا ثُمَّ أطعمه المغصوب منه برئ عن الضَّمان عِندَنا.

وقال الشَّافعي - فِي قولٍ -: لَا يبرأ(٢).

لأنَّ الوَاجِب عليه إِثبَات يدِ ملك، وبهذا السَّبب تثبت يد إباحةٍ.

ولأَنَّهُ لمَّا أباح له [ذلك][٣]، فقد غرَّه فيما أتلف؛ لأَنَّهُ لَو علم بأنَّه ملكَه لما أكله عسىٰ؛ فإنَّ الإنسان يرغبُ فِي أكل مال الغَير مَا لَا يرغب فِي أكل مال نفسِه، وضَمَان الغرور فِي الحَاصِل يكون عَلَىٰ الغارِّ؛ كأنَّه هو الذي جاء بسَبَب الضَّمان. كمن اشتَرَىٰ جَارِيَةً فاستولدها، ثُمَّ جاء مستحقٌّ وضمَّنه قِيمَة الوَلَد= رجعَ عَلَىٰ البائع؛ لأَنَّهُ غرَّه بما أوجب له من الملك.

---

[١] «أ» (اغتصب)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) انظر: «البيان» للعمراني (٧/٧٨)، و«بحر المذهب» للروياني (٤/٤٦٠).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولهذا قال[١]: الموهوب له الأَمَة إذا استولدها[٢] ـ والمسأَلَة بحالها ـ رجع كذلك. وكذلك المُستَعِير ـ إذا لحقه ضَمَان العَارِيَة من مستحقٍّ ـ رجع كالمستأجر؛ لأَنَّهُ مغرورٌ. وكذلك التَّصرية عيبٌ يردُّ بِهَا المَبِيع؛ لأَنَّهُ بالتَّصرية يَصِير غارًّا، فيَصِير ضامنًا؛ كَمَا لَو باع عبدًا عَلَىٰ أَنَّه كاتبٌ، ولَم يكن.

ولنا: أَنَّه أتىٰ بالرَّد المستحقِّ عليه؛ بدِلَالَة أَنَّه عاد[٣] ماله إِلَىٰ يده يد ملك، وجهة[٤] الإباحة قد لغت[٥] بالإِجمَاع، فيبرأ عن الضَّمان؛ كَمَا لَو وهبه[٦] للمَغصُوب منه. وأمَّا الغرور فثابتٌ؛ ولكن بالغرور لَا يضمن الغارُّ شَيئًا؛ كمن عَرف بسُرَّاقٍ في الطَّريق، فغرَّه بالأمن وبالرِّبح حَتَّىٰ خرج، فقطِعت عليه [الطَّريق][٧] = فإنَّ الغارَّ لَا يضمن [شيئًا][٨].

ولهذا لَا يرجع المُستَعِير عِندَي عَلَىٰ المعِير بضَمَان الاستِحقَاق. وكذلك الموهوب له بقِيمَة الوَلَد عَلَىٰ الواهب، وكذلك التَّصرية لَا تكون عيبًا ـ وإن غرَّه بالتَّصرية ـ، ولا تصير؛ كَمَا لَو ضمِن تَسلِيم تلك الزِّيادة.

فأمَّا المشتري فإِنَّمَا يرجع بقِيمَة الوَلَد؛ لأنَّ البائع ضمن سلامة المبِيع عن العُيوب للمشتري، حَتَّىٰ أَنَّه يرد عليه بالعيب والنَّقائص للخَلل فيما ضمِن له،

[١] «ص» (قلت).
[٢] «أ» «ن» (استولد)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (إعادة).
[٤] «ص» (ويد).
[٥] «أ» (بلغت)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» «ن» (وهب)، والمثبت من «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٨] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

والاستِحقَاق رأس العيوب، فصار ضامنًا سلامة المَبِيع عن الاستِحقَاق. فأمَّا العَارِيَة والهبة فما فيهما ضَمَانٌ أَصلًا، وفي الإجارة ضَمَان السَّلامة عن العُيوب - أيضًا - حَتَّىٰ أنَّه يردُّ الدَّار التي استأجرها بالعيب.

ومنها: مسألة ذُكرت فِي الدَّعوىٰ.

|١٤١٥| **مسألةٌ**: إذا اشتري جَارِيَةً ثُمَّ باعها فاستولدَها المشتري الثَّانِي، ثم استحقَّت، وأخذ من المستولد قيمة الولد، ورجَع الثَّانِي عَلَىٰ الأوَّل بقِيمَة الوَلَد= لَم يرجع المشتري الأوَّل عَلَىٰ بائعِه بتلك القِيمَة عِندَ أبي حنيفة.

وقالا: يرجع.

وكذلك إن ظهَر بِهَا عيبٌ، ورجع الثَّانِي عَلَىٰ الأوَّل لَم يرجع عَلَىٰ الأوَّل عَلَىٰ بائعِه بما غرِم.

وعِندَهما: يرجع.

لأنَّ الثَّانِي رجع عَلَىٰ الأوَّل لما ذكرنَا؛ أنَّه مغرورٌ من[١] جهتِه بالبيع، وهذا [المعنىٰ][٢] موجودٌ من الأوَّل فِي حَقِّ المشتَرَىٰ منه.

وكذلك حصَّة[٣] العيب؛ لأنَّ البيع شرعاً يُوجِب التَّسليم سليمًا[٤] عن العيب، فيَصِير المشتري مغرورًا بسلامته بحُجَّة شرعيةٍ، فيكون ضَمَان مَا صار

---

[١] «أ» (مدة).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (قصة).

[٤] «أ» «ن» (تسليما)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

مغرورًا فيه عَلَىٰ الغارِّ.

ولأبي حنيفة: أنَّ الرُّجوع بحكم الغرور لا شكَّ فيه فِي باب الوَلَد، فإنَّه حدث بعد القَبض[١]، فلا يسري إليه العَقد ليرجع بانتقاضِه[٢].

ولأنَّ الرُّجوع بسَبَب الانتقاضِ[٣] يكون بالثَّمن لَا بالقِيمَة، وكذلك العيب، فإنَّه شيءٌ فائتٌ؛ فلا يدخل تحت العَقد حَقِيقَةً، ولا يُقابله الثَّمن، حَتَّىٰ إذا أراد الرُّجوع [بالثَّمن بسَبَبه بالتَّراضي ـ مَعَ إمكان الرَّد ـ لَم يكن له ذلك، ولكن لمَّا كَانَ وبال الغرور عَلَىٰ الغارِّ كَانَ الرُّجوع بالثَّمن][٤]؛ لأَنَّهُ لحقه الغرور بزِيَادَةِ التزمها بسَبَب تلك السَّلامة.

ولا اختلاف أنَّ الرُّجوع بالثَّمن بحُكم الغرور، والبائع الأوَّل مَا غرَّ المشتري الثَّانِي، فالغرور بإلزام[٥] الثَّمن، وكان عَلَىٰ الأوَّل دُونَ الثَّانِي، فلا يكون عليه وبالُ مَا لحِق المشتري الثَّانِي، ولا مَا لزم المشتري الأوَّل من جهَة المشتري الثَّانِي؛ لأنَّ المشتري الأوَّل لحِقَه ذلك بغرورٍ جاء منه ببيعه من الثَّانِي مختاراً، فصار ذلك وبالَ غرورِه؛ لا وبال غرور الأوَّل، ووبالُ غروره عَلَيه؛ لأَنَّهُ فعله مختارًا بنفسِه، مَا حمله عليه بيع الأوَّل إيَّاه.

بخِلَاف الثَّمن، فإنَّ الثَّانِي إذا رجع عَلَىٰ الأوَّل بالثَّمن رجع المشتري الأوَّل عَلَىٰ بائِعه بالثَّمن ـ أيضًا ـ؛ لأنَّ الثَّمن لَا يَجِب إِلَّا بالبيع نفسه عوضًا عن

---

[١] «ص» (العقد).

[٢] «أ» «ن» (بانتقاصه)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (الانتقاص)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (فالمغرور بالتزام).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

CamScanner

الجَارِيَة ، وبالاستِحقَاق يبطلُ البيع ، ويظهر البطلان فِي حَقِّ كلِّ من يَلقىٰ الملكَ مِن قِبلِه ، فإذا بطَل البيع لزِمه ردُّ الثَّمن لانفساخ سَبَبه لَا بالغرور.

فهذه أنواع مسائلِ ضَمَان الغرور ، وعهدته: أنَّها عَلَىٰ الغارِّ أم على[1] المباشر لسَبَب الضَّمان؟

[1] «ص» (أم يلزم).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ

حدّ الإتلَاف

قال أصحابُنا: من اغتَصب حِنطَةً فطَحنها ملكَها، وضمِن لصَاحِبها مثلَها.

وقال الشَّافعي(١): لَا يَملِكها[٢].

وكذلك لَو غصَب عنبًا فعصَره، أو سِمسمًا فعصَره، أو حِنطَة فزرَعها حَتَّىٰ نبتَت، أو بيضًا فحضنه حَتَّىٰ فرَّخ أو بانةً[٣] فأنبتَها حَتَّىٰ غرست.

وذهب الخصم إِلَىٰ أنَّ الطَّحن تعدٍّ مَحض كالغصب، فلا يكون سَبَب ملك - علىٰ مَا مرَّ - كالقتل، وإذا لَم يكن سَبَب ملكٍ بقِي ملكًا لصَاحِبه؛ كَمَا لَو نبَت الزَّرع بنفسِه، أو كَمَا لَو وقَع بريحٍ عَلَىٰ الرَّحىٰ فطَحنه بغَير صُنع أحدٍ، أو أخرجت البيضة فرخًا؛ لَا بصُنع أدمي.

ولأنَّ هذه التَّغيُّرات لَو كَانَت[٤] بغَير صُنع أحدٍ كَانَ الخارِج لصَاحِب الأَصل؛ لأنَّهُ فرع أَصلِه، فيكون ملكًا له؛ كالثَّمرة من الشَّجرة، والوَلَد منَ الأَمَة، فكذلك وإن كَانَ بصُنع صانعٍ؛ لأنَّ الوَلَد[٥] من ذلك الأَصل لَا من الصُّنع، فإنَّ

(١) انظر: «الحاوي الكبير» (١٩١/٧)، و«الوسيط فِي المذهب» (٤٠٩/٣).

[٢] «أ» (يملك)، «ن» (يملكه)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (بالة)، «ن» (باله)، والمثبت من «ص». والبانة: واحدة البان؛ وهو نوع من الشجر. انظر: «العين» (٣٨٠/٨)، و«الصحاح» (٢٠٨١/٥).

[٤] «أ» «ن» (كان)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (التولد).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

الصُّنع حركات مَا يتولَّد منها أجسامٌ، وكما[١] لَو أصلح أشجار رجلٍ وسقىٰ حَتَّىٰ أثمرت.

ولنا فِي هذه المسائل: حديث الشَّاة المصليَّة(٢)، علىٰ ما نذكر ـ فيمن غصَب شاةً فشواها ـ أنَّه يَملِكها عِندَنا.

وأمَّا المعنىٰ فِي المسألة: فإنَّ الزَّرع وكذلك الدَّقيق[٣] والفرخ وهذه الفروع التي فيها خِلَافٌ حدثت بفعلِه، فلا تكون ملكًا لغيره إِلَّا من جهته؛ كالصَّبغ في ثوب غصَبه فصَبغه.

وكذلك كلُّ مَا يحدثُ من أَصلٍ مملوكٍ لإنسانٍ كَانَ ملكًا له عَلَىٰ مَا قاله

---

[١] «أ» (ولما)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) رواه أحمد (٢٢٥٠٩)، وأبو داود (٣٣٣٢)، والدارقطني (٤٧٦٣) من حديث عاصم بن كليب، عن أبيه، ولفظ أحمد: أن رجلا من الأنصار أخبره قال: خرجنا مَعَ رسول الله ـ ﷺ ـ فِي جنازة، فلما رجعنا لقينا داعي امرأة من قريش فقال: يا رسول الله إن فلانة تدعوك ومن معك إِلَىٰ طعام، فانصرف فانصرفنا معه، فجلسنا مجالس الغلمان من آبائهم بين أيديهم، ثُمَّ جيء بالطعام فوضع رسول الله ـ ﷺ ـ يده، ووضع القوم أيديهم ففطن له القوم، وهو يَلُوكُ لقمته لَا يُجِيزُهَا، فرفعوا أيديهم وغفلوا عنا، ثُمَّ ذكروا فأخذوا بأيدينا فجعل الرَّجُل يضرب اللقمة بيده حَتَّىٰ تسقط، ثُمَّ أمسكوا بأيدينا ينظرون مَا يصنع رسول الله ـ ﷺ ـ فلفظها فألقاها فقال: «أَجِدُ لَحْمَ شَاةٍ أُخِذَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ أَهْلِهَا!!». فقامت المرأة فقالت: يا رسول الله إنه كَانَ فِي نَفْسي أن أجمعك ومن معك عَلَىٰ طعام، فأرسلت إِلَىٰ البقيع فَلَمْ أجد شاة تباع، وكان عامر بن أبي وقاص ابتاع شَاةً أَمْسِ من البقيع، فأرسلت إليه أن ابتغي لي شاة فِي البقيع، فَلَمْ توجد فذكر لي أنك اشتريت شاة، فأرسل بِهَا إلي، فَلَمْ يجده الرسول ووجد أهله فدفعوها إِلَىٰ رسولي، فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «أَطْعِمُوهَا الأُسَارَىٰ». وانظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (١٦٣/٤)، و«نصب الراية» (١٦٨/٤)، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢٠٠/٢). والحديث جوَّد إسناده العراقي في «تخريج أحاديث الإحياء» (ص٥٨١).

[٣] «أ» «ن» (الرقيق)، وليست في «ص»، والمثبت أقرب للسياق.

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

الخصم؛ إِلَّا أن يَحدث بينهما مَا يُوجِب قطع الملك عن الفرع، فينقطِع كملك الأَصل ينقطع بما يُوجِب القطع، ولا إِشكَالَ فيه، وإِنَّمَا الإِشكَال فِي إِثبَات الحدوث منه؛ فإِنَّه يقول: إِنَّه حدثَ منَ الأَصل الذي كَانَ للمَغصُوب منه.

والدَّليل عَلَيه: أنَّ الزَّرع غَير الحِنطَة صورةً ومَعنَىٰ، فإِنَّ الحِنطَة غذاؤُنا، والزَّرع غذاءُ البهائم، والمغايرة بين الأجناس لَا تثبت إِلَّا بالصُّور والمعَاني.

وكذلك البيض والفرخ؛ فالصُّورتان مختلفتانِ، ومَعنَىٰ أحدهما حياةٌ والآخَر مواتٌ، وبينهما تضادٌّ، وإذا كانا غَيرين لَم يُتَصَوَّر الثَّانِي إِلَّا بعد هلاك الأوَّل؛ لاستحالة أن يكون الشَّيء الوَاحِد شيئين؛ ولكن لا يستحيل أن يصير [شَيئًا آخر؛ كما لَم يستحل أن ينقلب العدم وجودًا.

فصار الزَّرع ـ الذي هو غير الحِنطَة][1] ـ شَيئًا حادثًا لابدَّ له من عِلَّةٍ؛ كالوجود عن العدم، وَلَم يجز أن تكون العِلَّة كون الحِنطَة حِنطَة، فإِنَّ كونها حِنطَةً لَا يكون عِلَّةً للبقاء كذلك حِنطَةً، فكيف يكون عِلَّةً للهلَاك؟! وصيرورته[2] شيءٌ آخر؛ وكالعدم لَا يصلح أن يكون سَبَباً للوجود.

وكذلك كلَّ شيءٍ نفسُه لَا يكون عِلَّةً لتغَيُّرٍ يحدث فيه، فيُضاف ذلك إِلَىٰ مغَير فيه، والمغَير عَلَىٰ الحَقِيقَة طبع الأرض والهواء المحيط بالبذر إذا زرع؛ إِلَّا أنَّهما مسخَّران بتقدير الله تعالىٰ، فلا يُضاف الإِتلَاف إليه، ولا الحدوث فِي حقِّ الأحكَام الشَّرعية؛ ولكن إِلَىٰ الزِّراعة الَّتي هي شرطٌ لعمل الطّباع عملها؛ لأنَّ الزِّراعة فعلنا، ويدخل تحت النَّهي والأمر والتَّكليف، ويمكن بناء أحكام

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «ص» (وصورتها).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الخطاب عَلَيه.

فأمَّا الحبُّ فِي نفسِه فليس بمغَيِّرٍ، ولا مُوجِبٍ للعِلَّة، وهي الطِّباع؛ بَل الحِنطَة محلٌّ ينبتُ منه، ويعمل فيه الطِّباع، فأَصل المغَير الطِّباع، وقد سقط اعتبار الإضَافة إليها، فبقي بعد ذلك الزِّراعة والحِنطَة، فتَصير الزِّراعة عِلَّةً؛ لأنَّها هي المسلَّمة إِلَىٰ الأرض، والحِنطَة محلُّ الفِعل، والمحالُّ شروط، فتجبُ الإضافَة إِلَىٰ الزِّراعة، فإن لَم يمكن بأن فعَلت ريحٌ هبَّت بالحِنطَة، فألقتها فِي الأرض، فنبتت ـ ولا عبرة لفعل الرِّيح المسخَّرة ـ أُضيف حينئذٍ إِلَىٰ الحِنطَة، فتصير ملكًا لصَاحِب الحِنطَة. فأمَّا إذا كَانَت الزِّراعة معتبرةً بأن كَانَت من مخاطَبٍ ممَّن تلزمه أحكام الشَّرع بفعلِه [فيها][1]، فيُضاف الحدوث إِلَىٰ الفِعل دُونَ محلِّ الفِعل ـ وهو الحِنطَة ـ، فيَصِير ملكًا للفاعل.

وكذلك إذا حضنت عَلَىٰ البيض[2] دجاجةٌ؛ لأنَّ فعل الدَّجاجة لَا عبرةَ به؛ كفعل الأرض والرِّيح، فتبقىٰ العبرة للحاضِن[3] ففعلُه معتبرٌ. حَتَّىٰ إذا زنا بأمةٍ أجنبيَّةٍ فولدت، كَانَ الوَلَد ملكًا لصَاحِب الأَمَة؛ لأنَّها شاركت الرَّجُل فِي فعلٍ معتبرٍ[4] فِي الجمع بين الماءين، وتفرَّدت بالحضانة، وفعلُها معتبرٌ، بخلافِ فعل الدَّابَّة ـ أعني أنَّه جامعها ـ؛ وهي ملك صَاحِبها، وكذلك مَا يتولَّد من حضانتها، ولهذا لَم يكن مشتركًا بين الواطئ والمرأة، والماءان مشتركان؛ لأنَّ الحضانة منها، وهي معتبرةٌ. فتصير مسألة الأَمَة دليلاً لنا عَلَىٰ الخصم فِي كينونة نفس الوَلَد

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] «أ» «ن» (احتضن علىٰ البيع)، والمثبت من «ص».

[3] «أ» (للحاضرة)، «ص» (لفعل الحاضن)، والمثبت من «ن».

[4] «أ» «ن» (معتبرة)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ملكاً لمولى الأَمَة بلا خِلَافٍ بين الأَمَة، وههنا لَو خلَط الغاصب البذر [المغصوب][١] ببذرِ نفسِه، ثُمَّ زرَعه[٢] [كَانَ الزَّرع][٣] عَلَىٰ مذهبه مشتركًا بينهما، ولا فرق بين المسألتين.

ومثالُ ذلك: رجلٌ حفر بئرًا، فمشىٰ ماشٍ فوقع [فيها][٤]، فهلَك= ضمن الحافِر، ولو دفعَه آخر ضمِن الدَّافعُ لَا الحافرُ؛ لأنَّ حَقِيقَة العِلَّة فِي الماشي ثِقله بحيثُ لَا يرفعُه[٥] الهواء؛ لَا عمق المكَان الباقِي بحفر الأوَّل؛ بلِ العمقُ شرطُ الهلاك؛ لأنَّهُ إذا وقع عليه لَم يستمسك، فالعِلَّة هي الثِّقل؛ ولكن ثِقله[٦] عَلَىٰ مَا خَلقه الله تعالىٰ لَا يُمكن أن يُجعل سَبَبًا يُضاف إليه التَّلف المحظور، فسقَط اعتبارُه، وبقِيت العبرة لما بعدَه من مَشي وعُمق، أو دَفع وعُمقٍ، ثُمَّ المشي أو الدَّفع جامعٌ بينه وبين هواء العمق، والعُمق محَلٌّ، فإن كَانَ المشي مُباحًا لَم يمكن أن يجعله سَبَب ضَمَانٍ، فسقَط اعتبارُه فِي حَقِّ الضَّمان، فأُضيف إِلَىٰ الشَّرط، وهو محَلُّ المشي، [وهو العمق][٧]، وإن كَانَ دفعًا وهو تعدٍّ، أو مشىٰ وهو عالِمٌ بالحفر ـ حَتَّىٰ صار تعدِّيًا ـ أمكن إضافةُ التَّلف المحظور إليه لَم يُضف إلي الحَفر، وَلَم يضمنه الحَافِر وضمِن الدَّافع، أو هدَر إن مشىٰ عَلَىٰ علم.

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (زرع)، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (يدفعه).
[٦] «ن»، «أ» (هو النقل... نقله)، ولم تضبط في «ص»، والمثبت أقرب للسياق.
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فالهواء علَّة لثقله[١] إذا وقَع فيه ؛ كالأرض لحياةِ[٢] الزَّرع وتلف الحِنطَة ، والجَمع بين الأرض والحِنطَة كالجمع بين نفسِه وهواء البئر ، والحِنطَة فِي أنَّها تنبت كجسمه فِي أنَّه يسقط ويتلف.

إلَّا أنَّ الخصم أسقط اعتبار فعل الزِّراعة فِي حَقِّ إضافَة ملك الزَّرع إليه ؛ لأنَّهُ حكمٌ شرعيٌّ ، فَلا يُضاف إِلَىٰ تعدٍّ مَحضٍ ، ونحن لَا نضيف إِلَىٰ مَا هو تعدٌّ مَحضٌ ؛ ولكن إِلَىٰ مَا ليس بتعدٍّ منه ، وهو: أنَّ هَذَا الفِعل زراعةٌ ، والزِّراعة مشروعةٌ فِي نفسِها ، وإِنَّمَا حرم فِي مسألتنا لغَيره[٣] ، وهو أنَّه جعَل حِنطَة الغَير آلَةً لهذا الفِعل من نفسِه ، فأشبه الاحتطابَ بقَدوم الغَير ، والاصطياد بكلب الغَير. كَمَا قُلنَا ـ في الزِّنا ـ: إنَّه يُوجِب حرمة المُصاهرة ، لَا من حَيثُ أنَّه تعدٌّ مُحرَّم[٤] عَلَيه ؛ ولَكِن من حَيثُ إنَّه حرثٌ للولد ، فهذا الصُّنع فِي هَذَا المأتىٰ حرث مثلها ، والله تعالىٰ خلق كذلك ، وأمرنا بهذا الحرث ، فَلَم يكن حَرَامًا من حَيثُ الحِراثة ؛ بل حرَّم لعدَم الملك فِي المحَلِّ ، وإنَّه شرطٌ كالآلة ، والحدُّ وجب بإزاء فعل[٥] استعمال المحَلِّ بلا ملكٍ ، وهَتك حُرمَة المحَلِّ ، ومن ذلك الوجه حرامٌ مَحضٌ بلا شبهةٍ ، فَلَم تكُن عينه[٦] من هَذَا الطَّريق فِي حَقِّ الحُرمَة تعدِّيًا ، فهذا شبهة المسأَلَة ، وإنَّها[٧] أدقُّ من مسألة الغصب ؛ لأنَّ الشُّبهة ثَمَّ فِي نفس السَّبب ، فإنَّه

[١] «أ» «ن» (لنقله) ، «ص» (فالهواء أتلفه) ، والمثبت أقرب ، والله أعلم.

[٢] «ص» (بحياة).

[٣] «أ» «ن» (لغير) ، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (يرحم) ، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (فعله).

[٦] «ص» (غيره).

[٧] «أ» «ن» (وإنه) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

سَبَبٌ لملك البدَل، فقد تعلَّق به حُكم شرعيٌّ، وبذلك الوصف يَملِك الأَصل. وههنا يَملِك الزَّرع بالنَّبات، لَا بِملك ضمان البدَل، وإنَّه أمرٌ حسنٌ[١] تولَّد من مَعصِيةٍ وتعدٍّ؛ فاحتجنا إِلَىٰ تفريق[٢] مَا ليس بتعدٍّ من مَحَلِّ الفعل الذي هو شرطٌ، لَا من نفس الفِعل، فإنَّه تمحَّض تعدِّيًا؛ كَمَا فِي باب المصاهرة بالزِّنا، فإنَّه لَا شُبهة فِي فعل الزِّنا إذ لَو تمكَّنت[٣] فيه شُبهةٌ لسقَط الحدُّ.

❁ فإن قِيلَ: إن ثبتَت هذه الجملة فِي الزَّرع والحِنطَة، فلا تثبت فِي الدَّقيق والحِنطَة والعَصير والعِنب؛ فإنَّ الخارج شيءٌ كَانَ قائمًا فِي الأَصل عَلَىٰ سَبِيل الاجتماع، ففرَّق أو ميَّز[٤] بين المائِع والجَامد فِي العِنب، مَا حدث شيء لَم يكن.

أَلَا ترىٰ أنَّ الرِّبا يجري بين الحِنطَة والدَّقيق والعِنب والعَصير، والرِّبا لَا يجري بين جِنسين مختلفين بلَا خِلَافٍ.

❁ قُلنَا: بين الحِنطَة والدَّقيق والعصير والعنب شُبهة المُجانَسة عَلَىٰ مَا ذكرتم؛ ولكن ليس بينهما مجانسةٌ حَقِيقَةٌ، فإنَّ الحِنطَة اسمٌ لصورةٍ عَلَىٰ هيئةٍ مخصوصةٍ، فإنَّ النَّبات ما سمِّي حِنطَةً، وكذلك السُّنبلة، حَتَّىٰ تنعَقِد حبًّا، وتلك الصُّورة تَتلاشىٰ بالطَّحن، فيزولُ الاسم كالقيام لمَّا كَانَ اسمًا لحالةٍ مخصوصةٍ من الآدمي ذَهَبَ بالقُعود. ثُمَّ ماليَّة الحِنطَة ماليَّةٌ متعلِّقةٌ بصيرورتها حِنطَةً غَير التي كَانَت فِي الزَّرع، فَلَم يكن الاسم اسم حَالَ لتلك الماليَّة؛ بَل كان اسم ذاتٍ،

[١] «ص» (حسي).

[٢] «أ» «ن» (تعرف)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (تمكن)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (وميز)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

وذلك الذَّات عُرف بذلك التَّركيب، فيزول بزوالِه.

وكذلك المعنىٰ؛ فإنَّ المعنىٰ المطلوب من عين الحِنطَة لَا يوجد من الدَّقيق وهو الزِّراعة، والمطلوب من عين الدَّقيق كذلك ـ وهو الخُبز ـ لَا يوجد من عَين الحِنطَة.

وكذلك العصير والعنب إِلَّا أنَّه من حَيثُ التَّغيُّر بتفرُّق الأجزاء أو القِسمَة؛ أشبه جنسًا وَاحِدًا، فَلَم ينقطِع حُكم الرِّبا؛ لأَنَّهُ يثبت بالشُّبهة[١]؛ كَمَا يثبت بالحَقِيقَة عَلَىٰ مَا بيَّنا فِي كتاب البيوع؛ لأَنَّهُ بابُ حُرمَةٍ تثبت عَلَىٰ الاحتياط.

وكذلك عَلَىٰ هذا الغزلُ يُنسج؛ لأنَّ الثَّوب غَير الغزل؛ لأَنَّهُ اسمٌ لصورةٍ تحدث عن تركيبِ الخُيوط بعضها عَلَىٰ بعضٍ حَتَّىٰ يَصِير بسيطًا، والغزلُ اسمٌ لخيطٍ ممدودٍ لَا تركيب فيه، فهما مُتضادَّان؛ كالقيام والقُعود، والاسم للثَّوب ليس باسم حَالٍ ليكون وصفًا، فلا يدلُّ زوالُه علىٰ زوال الموصوف؛ بَل اسم ذاتٍ؛ لأنَّ المعاني التي تُبتغىٰ من الثَّوب قطُّ لَا تُوجد من الغزل، وما يبتغىٰ من الغزل قطُّ لَا يوجد من الثَّوب.

وكذلك الصُّورة تتغَيَّر، وتغَيُّر الصِّفات لَا يوجب تغَيُّر معاني الموصوف فِي نفسِه، ولا صورتَه؛ كالقيام والقعود، ولا تتبدَّل [بهما][٢] معاني الآدمي، وإِنَّمَا تتغَيَّر المعاني والصُّور بتغَيُّر الأجناس؛ كالزَّرع والحِنطَة والآدمي والبَهِيمَة، وربَّما تتشاكل الصُّور بين الأجناس، فتكون أجناسًا لاختلاف المعاني، وربَّما تتشاكلُ المعاني، فتكون أجناسًا لاختلاف الصُّور والأصول؛ كالجنِّ والإنس، والذَّكر

[١] «أ» (بالشبه).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

والأنثىٰ، فقد استوتِ المعاني فِي أنَّهم خُلقوا للابتلاء بالعِبادة.

ولا يَلزَم عَلَىٰ هَذَا إذا اغتصبَ قطنًا فغزلَه؛ لأنَّهُ لَا رواية فيه، وإِنَّمَا ذكر إذا غزله ونسجَه انقطع حكم[١] المالِك عنه.

ولَأَن سلم فيحتمل ذلك؛ لأنَّ القُطن فِي الحَقِيقَة خيوطٌ متجاورةٌ يبدو ذلك إذا حقَّقت النَّظر فيه، ويشهدَ لك العيان فِي أَصل الإبريسم[٢]، والغزل فتلٌ لبعضها عَلَىٰ بعضٍ، وتفريق بعضها عن بعضٍ، فالاسم لَم يكن للاجتماع فما بينهما تركيب كَمَا للثَّوب، ولا تأليف كما للحِنطَة، بَل بينهما مجاورةٌ؛ كما بين حبَّات القفيز من الحِنطَة[٣]، أو حبَّات الرُّمَّان.

ولا يَلزَم إذا اغتصب شاةً فذبحها، وأرَّبها= لَم يَملِك، وقد بدَّل الصُّورة؛ لأنَّ الصُّورة لَا تتبدَّل بالذَّبح، فإنَّ التَّأليف باقٍ عَلَىٰ هيئَتِه، فَلَم ينقطع حَقُّ صَاحِبها[٤] بالذَّبح ـ وإن زالتِ الحياة ـ، ولمَّا بقِي حقُّه فيها لَم يبق إِلَّا من حَيثُ إنَّها لحمٌ، فأمَّا الحياة وسائرُ المقاصد المتعلِّقة بالصُّورة واسم الشَّاة فقد[٥] ذهبت، ومن حَيثُ إنَّها لحمٌ لَا يتبدَّل بالتَّأريب؛ بَل يكمُل المعنىٰ؛ فإنَّه لَا ينتفع به إلَّا كذلك مؤرَّبًا.

ولا يَلزَم إذا اغتصب رطبًا فصار تمرًا؛ لأنَّ الصُّورة لَا تتبدَّل بَل تتغَيَّر إِلَىٰ انضمامٍ، فالرُّطوبة اسمُ حالهِ؛ فهو كَمَا لَو غصب حِنطَةً مبلولَةً فيبست عِندَه،

---

[١] «أ» «ن» (حَقُّ)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (الاسم).

[٣] «ص» (كمن جمع بين العصير من الحنطة).

[٤] «أ» «ن» (صاحبه)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» «ن» (قد)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

فالتَّمر اسمُ جنسٍ للخارج من ثمرة النَّخل إذا انعَقَدَت ثمرةً ، ثُمَّ بعد ذلك أسماء أحوال كالصِّبا ، والشَّباب ، والكهولة ، والشَّيخوخة للرَّجل. أَلَا ترىٰ أنَّ نفس الصُّورة لَا تتبدَّل ، إِنَّمَا يتبدَّل الطَّعم والألوان ، والاسم لما يتناهىٰ إليه من التُّمورة.

ولا يَلزَم إذا اغتصب خمرًا فتخلَّلت عِندَه ؛ لأنَّ الخمر والخلَّ والعصير أسماءُ أحوالٍ ؛ بدلَالَة أنَّ الذَّات[١] لَا تتبدَّل وهو نصيب المائع من العِنب[٢] ، وإِنَّمَا يتبدَّل الطَّعم والألوان ، وإذا بقِي الأَصل لَم يبطل ملكُه ؛ لأنَّ ذلك وصفٌ يتبدَّل بطبعٍ فِي أَصله ؛ لَا بفعل الغاصِب.

وعلىٰ هَذَا إذا اغتَصب بانةً فأنبتها ؛ لأنَّ البانَة المقلوعة حطَبٌ ، وإنَّ حياتَها بأرضِها ، وإذا نبتَت فقد حييت ، والحيُّ غَير الميت ، وهما شَيئان متغايران مَعنًى ، وإن اتَّفقت الصُّورة.

وعلىٰ هَذَا إذا اغتصب دارًا فآجرها ، كَانَت الأُجرة للغاصِب ؛ لأنَّها وجبت بعَقدٍ ، فإنَّ المتلف لَو أتلف بغَير عقدٍ مَا ضَمن البدَل عِندَنا ، وإِنَّمَا وجب بالعَقد ، فكان للعاقِد ؛ كالزَّرع الذي وجب بالزِّراعة من أَصلٍ مملوكٍ للغَير ، والله أعلم.

|١٤١٦| **مسألةٌ**: إذا اغتصب ثوبًا فخاطَه جبَّةً لَم يبق لصَاحِب الثَّوب حَقُّ الأخذ عِندَنا. وكذلك إذا اغتصب شاةً فشَواها.

وقال الشَّافعي(٣): له أن يأخُذ[٤].

---

[١] «أ» «ن» (الدار) ، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (وهو المانع من العيب).

(٣) انظر: «نهاية المطلب» (٧/١٩١ ـ ١٩٢) ، و«التهذيب فِي فقه الإمام الشافعي» (٤/٣٠٢).

[٤] «ص» (يأخذها).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهذه المسألة غَير الأولىٰ ؛ فالأولىٰ استِهلَاكٌ ، ولا استِهلَاك ههنا.

وقال علماؤنا: إذا اشترَىٰ ثوبًا فخاطه ، ثُمَّ زاد فِي ثمنِه= يصحُّ ؛ لأنَّ السِّلعة قائمةٌ ، ولو كَانَ غزلًا فنسجه ، ثُمَّ زاد فِي ثمنِه= لَم يصحَّ ؛ لأنَّ السِّلعة هالكةٌ.

وكذلك لَو نقض الخياط الخياطة كَانَ لصَاحِبه أن يأخذَ بلا خِلَافٍ ، ولو ملكَه[١] بالخِياطة لما عاد إِلَىٰ صَاحِبه[٢] بغَير سَبَبٍ للملك ، كَمَا لَو أدَّىٰ الضَّمان.

وكذلك لَو اغتصَب ساجةً فبنىٰ عَلَيها ، وأدخَلها فِي بنائِه أو سقفِه ، ثُمَّ نزعَ= لَم يكن لصاحبها[٣] إِلَّا [تلك][٤] السَّاجة.

وطَرِيقُ الشَّافعي مَا قُلناه: إنَّ الغصب تَعدٍّ ، وكذلك البناء والخياطة تعَدٍّ مَحضٌ ، مَا فيه[٥] شُبهة الحلِّ ؛ فلا يكون سَبَبَ ملكٍ عَلَىٰ مَا مرَّ.

ويدلُّ عَلَيه: إذا قطَع الثَّوب وَلَم يخِط ، أو ذَبح الشَّاة وأرَّبَ وَلَم يشو ، أو اغتصب أرضًا فبنىٰ عَلَيها ، أو ثوبًا فصَبغه.

ولا يَلزَم إذا اغتَصب إبرسيمًا فخاطَ به بطن نفسِه ؛ لأنَّهُ لَا يملكه[٦] بما صَنع ؛ ولكن لَا يُؤمر بالنَّزع ؛ لأنَّ فيه تلَف الحيوان ؛ كَمَا إذا خاف التَّلف حلَّ له

---

[١] «أ» (ولو ملك) ، «ن» (وملك) ، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (سببه) ، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (لربِّه) ، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (منافية).

[٦] «أ» «ن» (يملك) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أن يأخذ[١] [مال غَيره لإحياء نفسه][٢]، وكذلك إذا غصَب لوحًا وأدخله فِي السَّفينة لَا ينزع[٣]؛ لأنَّ فيه تلَف النَّاس، حَتَّىٰ إذا وقفت[٤] السَّفينة كَانَ له النَّزع.

فالشَّافعي رجَّح ضرَر[٥] الحياة عَلَىٰ ضرَر المال؛ وهذا لا شَكَّ فيه، فأمَّا ضرَر المال فمثلٌ للمَال، فلَا يثبتُ التَّرجيح، ولا يمَنع صَاحِب المال عن الأخذ بالمعاوضة[٦].

ولنا: مَا رُوي أنَّ النَّبي ﷺ كَانَ ضيفًا عِندَ بعض الأَنصارِ؛ فأُتِي بِشَاةٍ مَصليّةٍ؛ فَجَعَل يَلُوكها ولا يُسيغها، فسأل عن شأنِها؛ فقالوا: إنَّها كَانَت لبعض جيراننا وإِنَّمَا ذبحناها لنوفر عليه ثمنها، فقال ﷺ: «**أَطعِمُوهَا الأُسَارَىٰ**»(٧). فلولا أنَّهم ملكوها وإلَّا لما حلَّ الأمر بالتَّصدق بغَير إذن المالِك.

❁ فإن قِيلَ[٨]: وَلم يستأذن ربَّ البيت ـ أيضًا ـ.

❁ قُلنَا: لأَنَّهُم استفادُوها بسَبَب الغصب؛ فكان ملكًا حَرَامًا، [وسبيل الحرام][٩] أن يتصدَّق به عِندَنا.

---

[١] «أ» «ن» (يغصب)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (وكذلك اللوح أدخله في السفينة لا ينزع) والمثبت من «ص».

[٤] «ن» (أرقعت)، «أ» (وقعت)!

[٥] «ص» (صورة)، وكذا في الموضعين بعده.

[٦] «أ» «ن» (بالمعارضة)، والمثبت من «ص».

(٧) سبق تخريجه.

[٨] «أ» زيادة (أنه ﷺ)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٩] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

۞ فإن قِيلَ: إِنَّمَا يتصدَّق عِندَكم بالرِّبح، لَا بأصل المضمون.

۞ قُلنَا: رُوي عن محمَّد أنَّه قال: يتصدَّق بالأَصل قبل أداء الضَّمان، عَلَىٰ أنَّ فِي الحديث: أنَّ ملك الأوَّل قد انقطع، وأنَّه يتصدَّق بالأَصل.

ثمَّ إنَّا تركنا أحد الحُكمين بدليلٍ، فيبقي الباقي عَلَىٰ ظاهره، وهذا الحديث دليلٌ فِي المسأَلَة الأولىٰ؛ لأنَّ التَّغير بإنبات الحِنطَة أكثر ممَّا يكون بالشَّوي[١].

وأمَّا المعنىٰ فِي المسألة، فإنَّ زيادة الوصف في المصنوع الحادث بصنعة الغاصب متقوِّم، وهو حَقُّ الغاصب، بدليل أنَّ المغصوب منه لَا يأخذ الثوب[٢] إِلَّا ويعطيه مَا زادت الصَّنعة فيه من الخياطة والشَّوي.

وكذلك [قِيمَة][٣] السَّاجة مبنيًا عَلَيها أكثر من قيمتِها منزوعةً بوصفٍ زائدٍ، وهو أن صارت بناءً، وهذا الوصف ملك البانِي؛ لأَنَّهُ حدثَ بفعله المشروع، وهو فعل البِناء عَلَىٰ مَا مرَّ فِي مسألة الزِّراعة، والأَصل متقوِّمٌ حَقًّا للمَغصُوب منه.

ونُسَلِّم هَذَا الحُكم[٤] ولَابدَّ من تملُّك[٥] أحدهما بالآخَر؛ لأَنَّهُ لَا يمكن التَّمييز بينهما فِي الشَّوي[٦] ونقض الفُصول[٧]، وفي بعضِها لَا يُمكن إِلَّا بنقضِ البِناء، ونقض الخياطَة، والنَّقض فسادٌ وإبطالٌ لحقِّ الغاصب فِي الحادِث

[١] «أ» (بالشي).

[٢] «ص» (العين).

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (هذا لكم).

[٥] «ص» (من يد تملك).

[٦] «أ» (الشي).

[٧] «أ» (الفضول)، وفي «ص» (في بعض الفصول وهو الشوي)، والمثبت من «ن».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بالصَّنعة، وقد ذكرنا أنَّ حقَّه مُحترمٌ لَا يجوز الإبطال عليه فِي الأَصل، كحقِّ المغصوب منه، ولمَّا حرُم[١] الفَساد، صار بحيثُ لَا يمكن التَّمييز بينهما، ولا سَبِيل بالإِجمَاع إِلَىٰ إِثبَات الشَّركة لاختلاف الملكين حسًّا، فلابدَّ من تملُّك أحدهُما بالآخَر بالقِيمَة.

فنقولُ: إنَّ حَقَّ الغاصِب أوْلىٰ بالاعتبار فيملك حقَّ الآخر[٢]؛ لأنَّ حقَّه فِي الصَّنعة قائمٌ من كلِّ وجهٍ، وحقُّ الآخَر فِي المصنوع قائمٌ من وجهٍ هالكٌ من وجهٍ؛ لأنَّ حقَّه في الثَّوب، والثَّوب ثوبٌ بالتَّركيب عَلَىٰ مَا مرَّ، والتَّركيب بالقطع زال من وجهٍ وبقي من وجهٍ، ولو زال كلُّه لذهب ملكُه، علىٰ ما مر. وكذلك بعض المنافع القائِمة زالت بالقطع، وحدَثت بالخياطة مَا لَم تكن[٣]، فعلمت أنَّ الأَصل هالكٌ من وجهٍ قائمٌ من وجهٍ.

وهذا كمن غصب إبريسمًا، فخاط به بطن نفسه أو شاتَه= لَم يَجِب نزع الإِبريسَم؛ لأنَّهُ هالكٌ من وجه بأن صار وصفًا للحيوان بعد مَا كَانَ أَصلًا بنفسِه، وحقُّ الآخَر فِي الوصف الحادث قائمٌ من كلِّ وجهٍ، وهو ائتلام[٤] الجرح، وذكره عِلَّةً أخرىٰ لَا يضرُّنا.

وكذلك الشَّوي[٥] يحدِث صفة النُّضج؛ لأنَّها لَم تكن، وحدثت بفعل الشيِّ[٦]، وإنَّه متقوِّم؛ لأنَّهُ يزيد فِي قِيمَة اللَّحم، واللَّحم يَصِير مستهلكًا من وجهٍ

[١] «ص» (حدث).
[٢] «أ» «ن» (وتَملُّكِ [ونملك] الآخَر لحقِّه)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (تمكن)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» (وهو من ائتلام).
[٥] «أ» (الشي).
[٦] «أ» (الشي).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

من حَيثُ المعنىٰ، فالنَّيء منه كان يصلح لوجوهٍ أُعدَّ به، والآن لم يصلح إلَّا لما آل إليه. وكذلك إذا طُبخ بالماء، وإنَّه من الدَّقيق يجري مجري الخُبز.

وكذلك السَّاجة إذا دخلت فِي البناءِ، [فالبناء][1] وصف متقوِّم، والسَّاجة تصيرُ مستهلكةً من وجهٍ؛ لأنَّها متبوعةً بنفسِها والآن صارت وصفًا للأرض حَيثُ ركبت[2] فيها للقرار، وكذلك حُكمًا، حَتَّىٰ تُستحقَّ الآن بالشُّفعة كسائر أجزاء الأرض، وتصير مبيعة[3] ببيع الأرض مطلقًا، وقبل ذلك مَا كَانَت تدخل تحت بيع الأرض إلَّا بذكر زِيَادَةٍ لها. وكذلك السَّاجة كَانَت [قبل هذا ـ][4] تصلح لضُروبِ مَنَافِعَ وهلكت إلَّا هذا.

❖ فإن قِيلَ: صَاحِب الأَصل أولىٰ بالتَّملك[5]؛ لأنَّهُ صَاحِب أَصلٍ، والآخَر صَاحِب وصفٍ.

❁ قُلنَا: إنَّ التَّرجيح أوَّلًا يطلب من حَيثُ المملوك نفسه، فالقائم من كلِّ وجهٍ أولىٰ من القائِم من وجهٍ دُونَ وجهٍ، فإذا استويا فِي القيام حينئذٍ طُلب[6] [الترجيح][7] من حَيثُ الحَال، فيَصِير صَاحِب الأَصل أولىٰ من صاحب الوصف، كالأرض يُبنىٰ عَلَيها، فإنَّها[8] لَا تصير مستهلكةً بالبناء بحالٍ، فمَعنَىٰ

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[2] «ص» (حين ركب).
[3] «أ» «ن» (ويَصِير مبيعاً)، والمثبت من «ص».
[4] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[5] «ص» زيادة (كما في الأرض والبناء).
[6] «أ» «ن» (بطلت)، والمثبت من «ص».
[7] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[8] «أ» «ن» (فإنه)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الأرضية لَا يزول منها صورةً ولا مَنفَعَةً، فإنَّ منفعتها من حَيثُ الزِّراعة باقيةٌ إلَّا أنَّ البناء زِيَادَةٌ تمَنع الاستعمال؛ إلَّا[١] أنَّ طبع الأرض يتغَيَّر، ويَصِير بحيث لَا ينبت بوجهٍ، ولمَّا كَانَت الأرض قائمةً كالبناء رجَّح المتبوع عَلَىٰ التَّبع، وكذلك الثَّوب يصبغ.

فأمَّا الشَّاة إذا ذُبحت، وأُرِّبت، فلا ينقطع حَقُّ المغصوب منه؛ لأنَّ صنعته أوجبت نُقصَان وصفٍ مَا ازداد بصنعته وصفٌ متقوِّمٌ فِي اللَّحم، فإنَّمَا تزداد الرَّغبة[٢] ليُسر مَا يطلب منه من الأَصل؛ كالشَّيء يُحمل من موضعٍ إلَىٰ موضعٍ، فتزدادُ القِيمَة بسَبَبِ زِيَادَة رغبةٍ فِي المشتري لَا بسَبَب زِيَادَةٍ فِي المحمول.

وكذلك الثَّوب يقصر بالماء والشَّمس؛ لأنَّ البياض الحَاصِل لَا يحدث من فعل القصَّار؛ بَل بزوال الدَّرن، أو اللَّون الحادث بآفةٍ؛ لأنَّ أَصل لون القطن بياضٌ، والتَّغَير بعارضٍ، والماء، والشَّمس يُزيلَانِه فيظهر البياض الأَصلي، فلا يكون حادثًا من فعل القصَّار، ولأنَّ الأَصل لَم يتغَيَّر به.

وكذلك الشَّجرة تُقلع [وتُكسر وتيبس؛ لأنَّ القلع][٣] والكسر نُقصَانٌ مَحضٌ، مَا يحصل به زِيَادَة فِي العين، وأمَّا اليبس فبزوال الرُّطوبة التي حدثت بحياة النَّبات؛ لأنَّ أَصله يابسٌ لَا رطوبة فيه.

وكذلك سفر المعصِية تثبتُ به الرُّخص [عِندَنا][٣].

وعِندَه: لَا تثبتُ؛ لأنَّ أسباب الرُّخص مشروعةٌ، وهذا حرامٌ مَحضٌ.

---

[١] «ن» (لا).

[٢] «أ» (لرغبة)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إِلَّا أنَّا نقول: إنَّ الحُرمَة فِي قصد قطع الطَّريق، وبهذا القَصد لَا يَصِير مسافرًا، وإِنَّمَا يَصِير مسافرًا بقصد السَّير ثلاثة أيَّام، وإِنَّه مُبَاحٌ، والله أعلم.

|١٤١٧| مسألةٌ: إذا اغتصب نُقرةً فضربها دراهم، أو صاغها حليًّا، كَانَ لصَاحِبها أن يأخذها[١] ولا يضمن للغاصب شَيئًا، عِندَ أبي حنيفة.

وقال صَاحِباه: يَصِير ملكًا للغاصب.

لأنَّ الصِّياغة أو الضَّرب صنعةٌ تحدث وصفًا مُتَقَوِّمًا؛ فإنَّ قِيمَة الأَصل تزداد بما حدث، ولو كسره إنسانٌ ضمن، وقد غَيَّر[٢] الأَصل من وجهٍ، فانقطعت به بعض مَنَافِع الأَصل، فيَملِك الأَصل بالصَّنعة عَلَىٰ مَا مرَّ.

وكما إذا اغتصب حديدًا فضربه سيفًا، أو صُفرًا فضربه فلوسًا، أو صنعه قماقم(٣)؛ جريًا عَلَىٰ الأَصل الذي مرَّ من قبل.

ولأبي حنيفة: أنَّ الأَصل قائمٌ بنفسه، وإِنَّمَا تغَيَّر وصفه، بدليل أنَّ حكم الأَصل باقٍ بعينه من وُجُوب الزكاة، وجريان الرِّبا بينه وبين التِّبر بعينهما[٤]، بدِلَالَة أنَّ الرِّبا يزول بتساوي العينين، وإِنَّمَا يزول الرِّبا بتساوي العينين إذا كَانَت المجانسة قائمةً بين البدلين.

---

[١] «أ» «ن» (لصاحبه أن يأخذه)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (غيرت)، والمثبت من «ص».

(٣) القماقم: جمع قمقم؛ وهو: إناء ضيق الرأس يسخن فيه الماء من نحاس وغَيْره. انظر: «النهاية فِي غريب الحديث» (٤/ ١١٠).

[٤] «ص» (بعينه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وكذلك المنافع باقيةٌ؛ لأنَّ التِّبر يضرب دراهم، والدَّراهم تسبك عادةً فتصير نقرة؛ هَذَا مُستعمل بين أهل الصِّناعة، فينتفع بكلٍّ وَاحِد منهما عادةً مَنفَعَة الآخر.

وكذلك الصُّورة؛ لأنَّ اسم الذَّهب والفضَّة جرىٰ عَلَيهما للجوهر؛ لَا للتَّركيب، والتَّركيب حالٌ فيه.

فأبو حنيفة رجَّح حُرمَة قيام الأَصل بهذه الوجوه، وهما رجَّحا جهة تغيُّر الأَصل بالصُّورة التي صار إليها بعد الضَّرب والصِّياغة[١]، فالصُّورة أَصل الدَّراهم وليست بحالٍ.

وكذلك الثَّمنية تحدث بالضَّرب، والأثمان جنسٌ آخر غَير المثمَّنات حَقِيقَةً وحُكمًا فِي باب الأموال عَلَىٰ مَا بيَّنَّا فِي كتاب الصَّرف. وكذلك للحليِّ صورةٌ خاصَّةٌ ومَنفَعَةٌ خاصَّةٌ لَا تكون للتِّبر.

والجَوَاب عنه: أنَّ حكم الثَّمنيَّة ثابتٌ[٢] لأَصل الذَّهب والفضَّة قبل الضَّرب [بأصل الخِلقة][٣]، وبالضَّرب تتمُّ الحَالة عَلَىٰ ما بيَّنَّا فِي كِتاب البُيوع والصَّرف. ألا ترىٰ أنَّ الزَّكاة تجب لعينيْهِما؛ لأنَّهُما أثمانٌ، فكان للنَّماء بعينيْهما، وبعد اتخاذ[٤] الحليِّ المقصُود منه ماليَّة الجوهَر لَا حالة الصِّناعة؛ بخِلَاف الحديدِ يُتَّخذ سيفًا، فإنَّ ماليَّة الحديد تصِير تبعًا لغرض السَّيفيَّة، وكذلك الصُّفر يُتَّخذ

[١] «ص» (الصناعة).

[٢] «أ» «ن» (فائتٌ)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (إيجاد)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

قماقم، فماليَّة الصَّنعة تصير مَقصُودةً، والأَصل يَصِير تبعًا حَتَّىٰ يسقط الرِّبا، ولا يبقيان من أموال الرِّبا. ثُمَّ لَا يضمنُ عِندَ أبي حنيفة للصَّنعة شَيئًا؛ لأنَّه ما ازداد[١] إلَّا وصفًا، والوصف من الذَّهب والفضَّة لَا يتقوَّم منفردًا عن الأَصل عَلَىٰ مَا مرَّ، والله أعلم.

|١٤١٨| **مسألةٌ**: إذا اغتَصَب شَيئًا فخلطَه بمال نفسِه من جنسِه خلطًا لَا يمكن التَّمييز؛ كالدُّهن بالدُّهن، والخلِّ بالخلِّ، ونحوهما= انقطع حَقُّ صَاحِب الأَصل عن المخلوط عِندَ أبي حنيفة.

وعِندَهما: إن شاء شاركه فِي العَين، وإن شاء ضمَّنه. كَمَا لَو اغتصب ثوبًا فخرقه[٢] خرقًا فاحشًا، أو كَانَ خلط حِنطَةً بشعيرٍ، فقد ذكر فِي كتاب الوديعة: إن شاء شَارك المودع فِي العَين، وإن كَانَ خلطهما غَير المودع وغابَ، وكان[٣] الخالِط يملكهما[٤] = مَا بقِي لهما حَقُّ الأخذ والمصَالَحة.

وهذا لأنَّ الخلط استِهلَاكٌ من وجهٍ؛ لأنَّ العَين صار بحيثُ لَا يوقف[٥] عليه؛ كالعَبد يأبق؛ وغَير هالك عَلَىٰ الحَقِيقَة؛ لأنَّ الأجزاء بأعيانها باقية؛ لكنَّها جهلت[٦] كالعَبد الآبق، فبين[٧] أجزاء الحِنطَة والحِنطَة - إذا اختلطَت -

[١] «أ» «ن» (لأنَّها مَا ازدادت)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (فخرق)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (ولو كان).
[٤] «أ» «ن» (يَملِكها)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (يوصف).
[٦] «ص» (جعلت).
[٧] «أ» «ن» (فبنىٰ)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

مجاورة، لَا أن تنقلِب شَيئًا آخر.

ولأنَّ الجوالقات(١) لَو تخرَّقت واختلطَت الحِنطَة بالحنطة لَم يكن هلاكًا؛ بَل كَانَ شركةً، فإذا كَانَ بفعل الغَير لَا يكون إهلاكًا، بَل يكون إشراكًا.

بخِلَافِ مَا إذا خلطه بجنسٍ آخر، فإنَّ المغلوب يَصِير هالكًا ـ لَو اختلط بنفسه ـ، ولا يبقي له حُكمٌ، ولا أثرٌ، فإذا كَانَ بفعل الغَير يكون استِهلَاكًا.

وهذا لأنَّ الشَّيء إذا اختلط بجنسه كَانَ بمنزلةِ النُّمو فِي نفسِه؛ فإنَّه مَا ازداد إِلَّا أجزاءً من جنسه، فلا يَصِير هالكًا بنفسِه؛ كالصَّبي يكبُر أضعافَ أَصله، لَا يَصِير شَيئًا آخر، وإذا كَانَ بغَيره لابدَّ أن يتغَيَّر فِي نفسِه إِلَىٰ صفةِ الغالب، ولونِه وغذائِه؛ فتتبدَّل الصُّورة والمعنىٰ، فيَصِير كالحبِّ ينبتُ، والماء يُخلق ولدًا؛ فيكونان غيْرين. فثبتَ أنَّ الاختلاط بجنسِه لَا يُوجِب تبدُّل العين، وإِنَّمَا تُجهل أجزاؤُه، فلا ينقطِع الملك بالجَهالة؛ كالعَبد يأبَق، والدُّرة تسقُط فِي البحر؛ ولكن يَصِير كالهالك بحُكم الجَهالة، فإن شاء مالَ إلىٰ هَذَا فضمَّنه، وإن شاء مالَ إِلَىٰ القيام فطالبَه بردِّ العين؛ لأَنَّهُ مُمكنٌ بالقسمة؛ لأنَّها جُعلت إفرازًا حُكمًا من كلِّ وجهٍ فيما يُكال ويُوزن، وإنَّه كلامٌ واضحٌ حسنٌ.

ولأبي حنيفة: أنَّ المكيلات والموزونات إِنَّمَا تُعرف صورتها باجتماع أجزائِها ـ وإن كثُرت ـ، وتكون كشيءٍ وَاحِدٍ. أَلَا ترىٰ أنَّه إذا اشترَىٰ حِنطَة كثيرةً فاستُحقَّ بعضُها، ثَبَتَ له خيارُ الرَّد فيما بقِي؛ كعبدٍ وَاحِدٍ استُحقَّ بعضُه، ولو كان ثيابًا، فاستحقَّ بعضَها [بعينه][٢] بعد القَبض= لَم يثبتِ الخيار[٣]؛ لأنَّ كلَّ ثوبٍ

(١) نوع من الأوعية. ويقال: جوالق وجواليق. انظر: «الصحاح» (٤/١٤٥٤).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (لم يكن له خيار الرد فيما بقي).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

قائمٌ بنفسه ؛ فَلَم يثبت بذلِك الاستِحقَاق شركةٌ فِي السِّلعة ، وجُعلت شركةً فِي الحِنطَة ، ولم تكن القُفزان كالثِّياب ، وكذلك الموزونات. وإذا صار شَيئًا وَاحِدًا لَم يشكل أَنَّ القفيزين غَير القَفيز ، والثَّلاثة غَير العشَرة ، فإنَّها أعدادٌ مختلفةٌ.

بخِلَاف الصَّبي يكبر ؛ لأنَّ الكبر تولَّد من الأَصل ، وههنا الزِّيادة من مال الخالط ، وَلَم تتولَّد من الأَصلِ ، فلا تصِير منه حُكمًا ، وفي الحَقِيقَة غَيره ، فيَصِير شَيئًا آخر من هَذَا الوجه.

بخِلَاف الثَّوب يُخرق ، فإنَّه لَم يصر غَير ثوب ، وكذلك الحِنطَةُ تختلط بالشَّعير ، مَا صارت[١] شَيئًا آخر ؛ لأنَّ التَّمييز بينهُما مُمكنٌ إِلَّا أنَّه متعذِّر ، فمن حَيثُ تعذَّر كَانَ استِهلَاكًا ، ومن حيث أمكن كَانَ قائماً ، فيخيِّر صَاحِبه ؛ كَمَا فِي الخرق الفاحِش.

وهذا كَمَا جعَلنا الخلط بخِلَاف الجنس استِهلَاكًا للمغلوب بالغالبِ لتغَيّر اللَّون والطَّعم ، وإن كَانَ حَقِيقَة الوجود من الأوَّل لَا تتلاشئ ، فكذا ههنا يُجعل هلاكًا لتبدل[٢] الصُّورة ، فصورتُه من حَيثُ يَصِير مَالًا مُتَقَوِّمًا بقدرها[٣] لَا بالجثَّة[٤] ، وقدرٌ هو جوالقٌ غَير قدرٍ هو صاعٌ أو قفِيزٌ.

وهذا ليس من قبيل السَّاجة يُبنئ عَلَيها ؛ لأنَّ السَّاجة تصير تبعًا وصِفةً للأرض ، فتَصير شَيئًا آخر من هَذَا الوجه. وهكذا بعض الدَّراهم إذا خُلط بدرهمٍ

[١] «أ» «ن» (صار) ، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (هذا كالتبدل).

[٣] «ن» (بقدره).

[٤] «ص» (يقدر بالحب).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لَا تَصِير وصفًا للمخلوط، ولا للكبير[١]؛ بَل هي بعضٌ منها كالبعض الآخر.

هَذَا شيءٌ يخيل شُبهةً لأبي حنيفة بعد جهدٍ جَهِيدٍ، فَلَم أجد غَير هَذَا إِلَّا جهَالة العين، وهي لَا تقطَع العَين[٢] عن قُدرة تَسلِيم، فإِنَّ القِسمة إفرَاز بعينِه ورفع للجَهالة، فلا يتعيَّن الضَّمان للمالِك، والله أعلم.

|١٤١٩| **مسألةٌ:** السَّارق إذا صبَغ الثَّوب ـ أحمَر أو أصفر ـ بعد مَا قُطعت يَمِينه= ملَك الثَّوب عِندَ أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمَّد: لَا يَملِكُ.

لأنَّ الثَّوب أَصلٌ، والصَّبغ وصفٌ، وكلُّ وَاحِدٍ منهما قائمٌ من كلِّ وجهٍ؛ فيملك الوصف بالأَصل، كَمَا لَو كَانَ غاصبًا لَا سارقًا؛ وكما قبل القطع[٣]، وكالأرض يبنى عَلَيها.

ولهما: أنَّ مِلك السَّارق فِي ماليَّة الصَّبغ قائمٌ فِي نفسِه وضَمَانه، فإنَّ المسروق منه متَى أتلَفه ضمِن، وملك المسروق منه فِي الثَّوب قائمٌ من وجهٍ دُونَ وجهٍ، فإنَّ الثَّوب مَا بقِي بعينِه كَانَ له أن يستردَّه، وإذا أتلفه السَّارق لَم يضمن شَيئًا كأنَّه لَا ملك له، ولا ماليَّة لثوبِه، فإذا كَانَ ملك السَّارق أقوى ترجَّح عَلَى ملك المسروق منه، لما ذكرنَا أنَّ التَّرجيح أوَّلًا يُطلب[٤] من حَيثُ [الملك[٥] ثُمَّ

[١] «ص» (للكيس).

[٢] «ص» (الملك).

[٣] «أ» (قطع اليمين).

[٤] «أ» «ن» (يُعتبر)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» زيادة (نفسه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

من حَيثُ][1] محلِّ الملك. أَلَا ترىٰ أنَّا قُلنَا: إذا اغتصب ثوبًا، وخاطَه قميصًا= ملَكه الغاصِب، والخياطة صفةُ الثَّوب؛ لأنَّ الثَّوب قائمٌ من وجهٍ دُونَ وجهٍ، والخياطة قائمةٌ من كلِّ وجهٍ، فرجَّحنا الخياطة عَلَىٰ الثَّوب لِهلاك الثَّوبيَّة من وجهٍ بالقطع، ونقض بعض التركيب، فكذلك ههنا؛ إِلَّا أنَّ بعض الهَلاك فِي الثَّوب من حَيثُ الصُّورة المحسوسة، وههُنا من حَيثُ الحُكم المعقول[2]، وهو عدَم الضَّمان إذا استَهلك، كأنَّه لَم يكن ملكًا للمسروق منه، فظَهرت الحسِّية؛ فَلَم يختَلفُوا فيها، وأشكلت الحُكميَّة؛ فاختلفوا فيها، والله أعلم.

|١٤٢٠| **مسألةٌ:** المشتري للأرض شراءً فاسدًا ـ إذا قبض وبنىٰ فيها ـ انقطع حَقُّ البائع عِندَ أبي حنيفة.

وعِندَهما: لَا ينقطع؛ لأنَّ يد المشتري فِي وُجُوب الردِّ كيدِ الغاصب؛ بدليلِ أنَّه يَلزَمه الردُّ بزوائده المتَّصلة والمنفصِلة جميعًا.

إلا أنَّا نقول[3]: ملك المشتري فِي البناء قائمٌ من كلِّ وجهٍ، وملك البائع فِي السَّاحة زائلٌ حَقِيقَةً إِلَّا أنَّ له حَقُّ الاسترداد، فكان ملك المشتري ـ وإن كَانَ فِي الوصف ـ أولىٰ بالاعتبار؛ كَمَا قلنا فِي مسألة السَّارق.

|١٤٢١| **مسألةٌ:** ذميٌّ[4] استقرض من ذمي خمرًا [أو غصَبه أو اشتراه

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[2] «ص» (المشروع).
[3] «ص» (ولأبي حنيفة).
[4] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

منه][١]، أو استهلك خمره، ثُمَّ أسلم الطَّالب، أو المطلوب= برئ الضَّامن[٢] من الخمر عِندَ أبي يوسف، ورواه عن أبي حنيفة.

وقال محمَّد: إذا أسلم المطلوب لَم يبرأ؛ [بَل يضمن القِيمَة][٣]، ورواه عن أبي حنيفة، وكذلك روىٰ زُفَر وعافية[٤] عن أبي حنيفة.

لأبي يوسف: أنَّ الطَّالب استحقَّ ضَمَانًا عَلَىٰ المطلوب بشرطِ أن يَملِك المطلوب مَا عليه بأداء الضَّمان، والطَّالب بالإسلام يعجزُ عن تمليكِ مَا عليه من الخَمر، والضَّمان حَقٌّ له بهذا الشَّرط حين وجَب، فلا يبقىٰ حَقًّا بدونِه، كمن هشم قُلب إنسانٍ، فإنَّ ضَمَان الجودة[٥] يَجِب حَقًّا للمالِك، ولكن بشرط أن لَا يأخُذ الأَصل؛ بَل يدع عليه، ويضمِّنه القلب جيِّدًا كذلك، فإذا أمسك الأَصل بطَل حقُّه.

ولمحمَّد: أنَّ المطلوب إذا أسلم عجَز بإسلامه عن تَسلِيم خمر الذِّمي إليه، والخَمر مَضمُونةٌ عَلَيه، فيضمن قيمتَها؛ كَمَا لَو غصَب خمر ذميٍّ أو[٦] استهلكَها.

بخِلَاف مَا إذا أسلَم الطَّالب، فإنَّ الذِّمي عجَز عن تَسلِيم خمر الطَّالب إليه وهو مسلمٌ، والعَجز عن تَسلِيم خمر المسلم لَا يوجب ضَمَاناً للمُسلم؛ لأنَّ المطلوب هو الذي عجَز عن قبض خمره، فلا يُوجِبُ ضَمَانًا عَلَىٰ الذِّمِّي؛ كَمَا

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (سقط ضمان).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (والقافية).
[٥] «ص» (القلب).
[٦] «أ» (و).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إذا استَهلك الذِّمي خمر مسلم.

وقول أبي يوسف: أنَّه يستحقُّ الضَّمان بشَرطِ التَّمليك؛ فلا كذلك، بَل استحَقَّ الضَّمان خَلفًا عن حقِّه فِي الأَصل وجبرًا لحقِّه الفائِت، واستحقَّ أخذ الدَّين بالعَين؛ لأَنَّهُ لَا يُمكنُ إلَّا هكذا، والقَبض حقُّه ثُمَّ المبادلة تَثبتُ حُكمًا لَا وصفًا؛ فإنَّ أَصله تعَدٍّ، وهو الاستِهلَاك، أو استردادُ عاريةٍ فِي القَرض[1] لَا مبادلةٌ عَلَىٰ مَا عُرف فِي كِتاب الصَّرف. فإن أَمكَن اعتِبَار الحُكم مَعَ أَصلِ الوضعِ جَمَعنَا بينهما، وإن لَم يُمكنِ اعتبارُ المبادَلة وجَب الضَّمان بالتَّعَدِّي لَا غَير، أَلَا ترَىٰ أنه إذا غصب مدبَّرًا فأَبَقَ = ضمِن، ولا يَملِك الأَصل، والله أعلم.

|١٤٢٢| **مسألةٌ**: المشتري منَ الغَاصِب إذَا أعتَق تُذكر فِي البُيوعِ.

|١٤٢٣| **مسألةٌ**[2]: هَذَا ثَوبي سُرِق مِنّي، تُذكر فِي الجامع.

|١٤٢٤| **مسألةٌ**: إذا كسَر الملاهِي، ذكرناها عَلَىٰ التَّمام فِي بابِ الصَّيد، وفي الإجَارات مَعَ الأَجِير المشترك إذا دقَّ فخرق، والله أعلم.

تمَّت مَسَائِل كِتابِ الغصب.

[١] «أ» (العرض).

[٢] هذه المسألة والتي بعدها ليست في «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CS CamScanner

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

كتاب الكفالة

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

قال علماؤنا: الكفالة بالنَّفس سواءٌ ادَّعىٰ مالًا أو قصاصًا أو حدَّ قذفٍ، وكذلك بالأعيان المضمونة في نفسها، أو المضمون ردُّها كالعواري، وعين آجره، ولم يسلِّمه = جائزةٌ.

وقال الشَّافعي - رحمه الله -: الكفالة بالنَّفس باطلةٌ(٢).

وأمَّا العين المغصوبة، فمنهم من قال: يجوز، ومنهم من قال: لا يجوز، وهو الأقيس علىٰ مذهبه.

وإمامنا شريح(٣).

وهذا؛ لأنَّ الأصل عنده ـ والله أعلم ـ: أنَّ الكفالة لإقامة الكفيل مقام الأصل في التزام أصل المضمون علىٰ سبيل الضَّم إليه دون التَّحويل إليه، ولا خلاف في اعتبار الضَّم؛ لأنَّ الكفل في اللُّغة: هو الضَّم.

والدَّليل علىٰ أنَّه مضمومٌ إلىٰ الأصل في التزام أصل الضَّمان: أنَّه مطالبٌ

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

(٢) وروي عنه القول بصحتها. انظر: «الحاوي الكبير» (٤٦٢/٦)، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (١٦/٧)، و«البيان» للعمراني (٣٤٢/٦).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢١٨٦٢) من طريق علي بن مسهر، عن الشيباني، قال: أخبرني حبيب الذي كان يقوم علىٰ رأس شريح: «أنه حبس ابنه عبد الله في كفالة لرجل كفل له بنفسه».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

به مثل الأصيل[١]، وإذا صالح عمَّا ضمن علىٰ شيءٍ آخر من صنوف الأموال، أو أدَّىٰ مكان الجياد زيوفًا= رجع علىٰ الأصيل[١] بأصل الواجب؛ لأنَّه صار بمنزلته في التزام الأصل، والأصيل[٢] لو أدَّىٰ غير الواجب أو غيره بدلًا عنه ملَك أصل الواجب، وصار له، فكذلك الكفيل، وإذا صار الأصل له رجع به عليه إذا كان بأمره، وصحَّت[٣] الكفالة في حقِّه، لولاه لما جاز، ولما ملك؛ لأنَّ فيه تمليك الدَّين من غير [رضىٰ][٤] من عليه الدَّين، وهذا لا يجوز.

ولا يقال: إنَّه يرجع بحكم الأداء عنه؛ لأنَّه لو كان كذلك لرجع بما أدَّىٰ[٥] كما لو قال «اقض عنِّي ديني» وقضىٰ زيوفًا= رجع بذلك. وكذلك لو صالح عنه لم يرجع بأصل الدَّين إلَّا أن يشاء الآمر ذلك، فثبت أنَّه يرجع بحكم أنَّه ملك ما عليه؛ وهذا لأنَّ الكفالة إقراض الذمَّة، كما أنَّ القضاء عنه بأمره إقراض ما وقع القضاء به، ثمَّ الدَّين يتعلَّق بعين ما أقرضه المأمور بالقضاء، وكذلك ههنا يتعلَّق بالذمَّة. وكذلك صاحب المال لو وهب للكفيل ما كفل رجع به علىٰ الأصيل[٦]، ولو لم يصر عليه الدَّين لما ملك [كما][٧] قبل الكفالة.

وأمَّا المتبرِّع إذا كفل وصالح أو[٨] أدَّىٰ لم يرجع علىٰ الأصيل؛ لأنَّه في

---

[١] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (والأصل)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (وصح)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (بغير ما أدىٰ).

[٦] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٨] «أ» (و).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

حقِّه غير كفيل ولا مؤدٍّ ؛ لأنَّه لم يأمره بذلك ، فلا ينفذ[١] فعله عليه ، وصار في حقِّه كأنَّه أدَّىٰ بلا كفالةٍ ، والمؤدّىٰ بلا كفالةٍ في حقِّه كأنَّ الدَّين يسقط عنه بلا أداءٍ ، علىٰ ما عرف في موضعه ، وإذا ثبت أنَّ الكفالة تضمُّ الكفيل إلىٰ الأصيل في التزام أصل المضمون ، صحَّ بالدُّيون ؛ لأنَّ محلَّها الذِّمم ، فيمكن ضمُّ الذمَّة إلىٰ الذمَّة في التزام [الدين][٢] ؛ كما أمكن النَّقل من ذمَّةٍ إلىٰ ذمَّةٍ [أخرىٰ][٣] بالحوالة.

فأمَّا الأعيان المضمونة ، فلا تكون الذِّمم محلَّ أصل المضمون ، فإنَّه عينٌ في يده أو داره ، فلا يتصوَّر ثبوته في الذمَّة ، ولا أن يصير فيها إلَّا بعد الهلاك وقيام الدَّين في الذمَّة مقامه ، وإذا لم يكن المضمون في الأصل ممَّا يجوز ثبوته في الذمَّة لم يثبت علىٰ ذمَّة الكفيل بعد الكفالة ؛ وإنَّما يثبت عليه بيد تحدثه في العين بتسليم الرَّد مضمونًا عليه ؛ كما علىٰ الأصيل ، وإذا لم يثبت الأصل في الأعيان علىٰ الكفيل بعقد الكفالة لم يصر التَّسليم مضمونًا عليه ؛ لأنَّه بناء علىٰ الأصل ؛ كالبيع الذي لا يوجب للمشتري ملك الأصل بوجهٍ ، فإنَّه لا يوجب له ملك التَّصرف ، وكذلك إذا لم يزل عن البائع ملك الأصل لم يزل ملك التَّصرف ؛ لأنَّ ملك التَّصرف بحقٍّ[٤] الملك مبني علىٰ ملك الأصل ، والمطالبة بتسليم المضمون كذلك تبتنىٰ علىٰ أصل المضمون.

ويدلُّ عليه: إذا كفل بشرط براءة الأصيل[٥] ، صار عليه أصل الدَّين

---

[١] «ن» (يتعد).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٤] «ص» (يحيىٰ).

[٥] «أ» «ن» (الأصل) ، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

CS CamScanner

بلفظ[١] الكفالة[٢] ، وهي موجودةٌ ههنا ؛ إنَّما زاد فيها براءة الأصيل[٣] ، فلم تثبت في مسألتنا هذه البراءة .

قال: ويدلُّ على ما ذهبنا إليه في مسألتنا هذه: أنَّ الكفيل بالدَّين إنَّما يلزمه الأداء من مال نفسه ؛ كما لو كان أصيلًا ، ولو كانت الكفالة بتسليم ما على الأصل لما كلِّف الأداء من مال نفسه ؛ بل ألزم إحضار الأصيل[٤] ليؤدِّي ؛ كما في الكفالة بالنَّفس[٥] .

أو نقول: إنَّ الكفالة تنعقد على إلزام ضمانٍ يمكنه الأداء من عند نفسه ، وهذا لا يتصوَّر في الكفالة بالنَّفس والأعيان المضمونة .

أو نقول: إنَّ الكفالة تنعقد للأداء لا محالة ، فإنَّه يطالب به بالإجماع ، وإذا مات المكفول بنفسه بطلت الكفالة بالإجماع لوقوع العجز عن التَّسليم ، فإذا قارن العجز العقد منع من الصِّحَّة ؛ كبيع ما لا يمكن تسليمه ، وإذا كفل بنفس رجلٍ لا يقدر على تسليمه ؛ لأنَّه لا ولاية عن المكفول عنه ، خاصَّة إذا كفل بغير أمره خصوصًا إذا كان غائبًا ، وكذلك بالأمر ؛ لأنَّ الأمر لا يطلق له ولاية عليه . ألا ترى إذا كفل عن دينه بأمره لم تثبت له ولاية على ماله حتى إذا طولب بالأداء لزمه الأداء من مال نفسه ، ولم يكن له الأداء من مال الآمر ، ولا كان له حقُّ الأخذ منه ما لم يؤدِّ ، وإذا أدَّى طالبه بالأداء حينئذٍ ، وكذلك في الأعيان[٦] ، لما لم

[١] «أ» «ن» (بلفظه) ، والمثبت من «ص» .
[٢] «ص» (أفعاله) .
[٣] «أ» «ن» (الأصل) ، والمثبت من «ص» .
[٤] «أ» «ن» (الكفيل) ، والمثبت من «ص» .
[٥] «ص» زيادة (والأعيان) .
[٦] «أ» «ن» (الإعتاق) ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

تثبت له ولاية على ما في يدي الأصيل بالكفالة بقي عاجزاً عن التسليم، فلم يصحَّ. كالكفالة بحمولة بأعيانها استأجرها رجلٌ، وكفل رجل عنه بها للمستأجر فإنَّه لا يصحُّ لهذه المعاني. ألا ترى لو كانت حمولةً بغير أعيانها صحَّت الكفالة؛ لأنَّه يقدر[١] على الأداء من عند نفسه إذا لم تكن بأعيانها، حتى قلتم: إذا كفل بنفس رجل بغير أمره، ثمَّ سأل القاضي أن يحضره= لم[٢] يجبه إليه؛ لأنَّه متبرِّع.

فصار للشَّافعي طريقان في المسألة: أحدهما: من جانب المضمون، والآخر: من جانب الأداء، وكلاهما معنيان راجعان إلى الفقه.

وأمَّا علماؤنا فإنَّهم ذهبوا إلى أنَّ الكفالة لالتزام المطالبة بالمضمون التي على الأصل من غير أن يلتزم أصل الدَّين، فكان إقراض الذمَّة لالتزام المطالبة دون المطالب به.

الدَّليل عليه: أنَّ الدَّين واحدٌ لصاحب الحقِّ، وبالكفالة لم يصر شيئين حتى صار حقُّ المطالب ألفين بعد ما كان ألفًا، وإنَّما هي ألفٌ واحدةٌ، وهي ثابتة على الأصيل[٣] بالإجماع، فلا يكون ثابتًا[٤] على الكفيل؛ لأنَّ الشَّيء الواحد لا يتصوَّر حلوله بمكانين حقيقةً في حالٍ واحدةٍ.

ألا ترى أنَّ الحوالة لمَّا أوجبت الدَّين على الحويل برئ الأصيل[٥] واعتبره بعين ترى في مكانين، ثمَّ حلَّ مكانًا آخر فرغ الأوَّل، ومتى لم يفرغ الأوَّل

[١] «أ» (لا يقدر)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «أ» «ن» (فلم)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».
[٤] «ن» (تكون ثابتةً).
[٥] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فرغ عنه سائر الأمكنة، فهذه حقيقةٌ لا نزاع فيها لأولي الرَّأي، وإذا كان كذلك صار الدَّين المضمون والعين المضمونة سواء؛ لأنَّه في الحالين التزام مطالبة بتسليم مضمون هو عند الأصيل أو عليه ما يفارق الدَّين العين إلَّا في مكان وجوده قبل الأصيل[١]، وأمَّا هما سواء في أنَّه ليس قبل الكفيل بعد الكفالة، وإنَّما عليه المطالبة إلى أن يسلم.

❁ فإن قِيلَ: إنَّا نسلِّم أنَّ الشَّيء الواحد لا يحلُّ مكانين في ساعةٍ واحدةٍ حقيقة؛ ولكنَّا نقول: يصير الدَّين الواحد في حكم دينين في شغل الذمَّتين، وكما أن يجعل الميت في حكم الحيِّ ـ وإن تضادَّا [حقيقةً][٢] ـ كذلك جائزٌ أن يجعل الواحد في حكم اثنين من حيث شغل الذمَّتين كأنَّهما دينان. ألا ترى أنَّك جعلته في حكم الدَّينين في حقِّ المطالبة، فإنَّ الأصل حيث لا كفالة في جميع الدُّيون أنَّ صاحبه لا يطالب به إلَّا رجلًا واحداً.

❁ قُلنَا: نعم، هذا جائز حكماً، ولكن لا يصار إليه إلَّا لضرورة لا يمكن دفعها إلَّا به، والضَّرورة ههنا ظهور الشُّغل في ذمَّة الكفيل مع بقاء شغل الأصيل[٣]، وإنَّما ظهر على الكفيل من حيث إنَّه يطالب بالأداء، ولم يظهر فيما سواه، وهذه الضَّرورة تندفع بما قلناه، وهو التزام المطالبة بما على الأصيل[٤]، فلم يضطر إلى أن يجعل أصل الدَّين في حكم الدَّينين.

❁ فإن قِيلَ: الضَّرورة حصلت بما شملت من المطالبة، فإنَّ المطالبة تبع

[١] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأصل الدَّين، فلا يجوز أن تثبت منفردةً عن الأصل إلَّا علىٰ سبيل النِّيابة عن الأصل؛ كالوكيل بتقاضي الدَّين يملك المطالبة بلا ملك المطالب، والكفيل يلزمه لا علىٰ سبيل النِّيابة بما ليس عليه؛ بل بما لزمه.

۞ قُلنَا: عندي يجوز تفرُّد ملك المطالبة عن المطالب [به][1]، فإنَّ الوكيل بالبيع يملك المطالبة بالثَّمن كأنَّه باع مال نفسه؛ ولأنَّ الثَّمن ليس له، والوكيل بالشِّراء يطالب منه الثَّمن كأنَّه اشترىٰ لنفسه، وأصل الواجب من الثَّمن علىٰ الموكل، فإنَّ المبيع حصل له، فلا يستقيم هذا السؤال.

ولأنَّ المطالبة بالإجماع قابلةً للتَّصرف دون الأصل، فإنَّها تتأخَّر بالتَّأخير، والملك ثابتٌ للحال، وكذلك قبل أيضاً الالتزام دون الأصل، وجرىٰ مجرىٰ التَّصرف في العين، فإنَّه يجوز إفراد ملك التَّصرف عن ملك العين، فإنَّ الرَّجل مرَّةً ينقل ملك التَّصرف إلىٰ غيره، ومرَّةً ينقل ملك العين بنفسه.

وكذلك الصَّبي محجورٌ عن ملك التَّصرف دون ملك العين حتىٰ أنَّه إذا ملك أباه عتق عليه، فلم يظهر الحجر في حقِّه وإن أدَّىٰ إلىٰ العتق.

۞ فإن قِيلَ: سائر الأحكام التي قلناها تدلُّ علىٰ صيرورة أصل الدَّين عليه ضرورةً.

۞ قُلنَا: إنَّ تلك الأحكام كلّها تثبت بالتزام المطالبة، ووجوب التَّسليم عليه، فإن التَّسليم لما لزمه والدَّين لا يؤدَّىٰ من محلِّ ثبوته ـ وهو الذمَّة ـ؛ ولكن من محلٍّ غير ثابتٍ فيه ـ وهو العين الذي سلَّمه المديون إليه من خالص ملكه ـ

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لم يكن للكفيل الرُّجوع إلى محلِّ الثُّبوت لتصحيح الأداء، وإنَّ مثل ذلك المحل الذي يؤدِّي منه الأصيل[١] قائمٌ مع الكفيل، وهو دراهم مثل الدَّين غير مشغولةٍ[٢] بوجوبه فيها، فإذا صار بمنزلة من عليه الدَّين عند تحقُّق الأداء اعتبرنا الأصل ضرورةً إذا جاء الأداء بعين الواجب أم بغيره صلحًا، فملك الدَّين كان[٣] عليه للضَّرورة وإن لم يكن.

وإذا كانت الضَّرورة تلجئنا إليه حال الأداء لم نجعل الدَّين في نفسه في حكم دينين إلَّا عند الأداء وتحقيق أحكامه، فلم تدل هذه الأحكام على صيرورة الدَّين في حكم دينين حتى ما تصحَّ[٤] الكفالة.

وإذا ثبت هذا في الأداء فكذلك إذا وهب له؛ لأنَّ الهبة للتَّمليك، وقد ذكرنا أنَّه في حكم دينين إذا جاء حال ملك ما عليه؛ لأنَّ المطالبة التي عليه لا يتصوَّر دخولها في ملكه؛ لأنَّها فعل الطَّالب[٥] ووضعه، وأصل الدَّين عليه مالٌ لغيره، فيقبل الدُّخول في ملكه؛ كسائر الأموال. ألا ترى أنَّه يبرئه كما قلنا في الملك الذي يقع بالأداء[٦]، فاعتبر حينئذ بدينين، وقلنا: إذا أبرأه عن الدَّين لم يرجع على الأصل، ولا يصير كالأصيل[٧] فيه، فإنَّ الأصيل[٨] سواء

[١] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (مغشوشة).

[٣] «ص» (كأنه).

[٤] «أ» «ن» (صح)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (المطالبة).

[٦] «أ» «ن» (للأداء)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» «ن» (كالأصل)، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

CamScanner

في صفة[١] الإبراء والهبة؛ لأنَّ الإبراء في الوضع للإسقاط، والمطالبة تحتمل الإسقاط، فصلح محلًّا للإبراء فلم يضطر[٢] إلىٰ تصحيحه علىٰ حكم من عليه الدَّين، ولا دين عليه علىٰ ما قلناه.

فقلنا: لا يرجع علىٰ الأصيل[٣] بشيءٍ إذا أبرأه[٤]، ولا يرتدَّ إبراؤه بردِّه؛ بخلاف الأصيل؛ لأنَّ الأصل عليه، وهو مالٌ يحتمل التَّمليك والتَّملك، فلم يحل[٥] الإسقاط إليه عن حكم وقوع الملك، فارتدَّ بردِّه، وإن تمَّ بالمسقط [وحده][٦].

ودلَّ عليه: أنَّ إبراء الكفيل لا يوجب إبراء الأصيل؛ لأنَّ الدَّين عليه، وإبراء الأصيل يوجب إبراء الكفيل؛ لأنَّ الدَّين ليس عليه، وإنَّما كان عليه مطالبةٌ بما علىٰ الأصل، فلمَّا سقط المطالب به سقطت المطالبة.

فأمَّا قوله: «إنَّه لالتزام مطالبة بما عليه الأداء من غيره[٧]» فغير مسلَّم له، فإنَّ الكفالة استيثاق لجانب الالتزام لأداء المضمون، لا لأداء شيءٍ آخر، فإنَّ الالتزامات كلِّها تقتضي أداء عين الملتزم لا غيره؛ إلَّا أنَّ الدَّين لا يتصوَّر أداؤه إلَّا بغيره[٨]، فلذلك[٩] لم يتعرَّض للأصيل حال الأداء؛ لأنَّ

---

[١] «أ» «ن» (حقِّه)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (يضر)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (أبرأ)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (فلم يجز).
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «ص» (المطالبة بما يملكه الأداء من عنده).
[٨] «ص» (لا لغيره).
[٩] «أ» (فكذلك).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

العين[١] معه موجود، وأمَّا العين فلا يؤدَّىٰ إلَّا بعينٍ مضمونٍ، وذلك مع الأصيل فيجب المصير إليه، فكان أداء الدَّين من مالٍ غير واجبٍ[٢] بعقد الكفالة، ولكن لكون المضمون غير قابلٍ للأداء بعينه.

فأمَّا لو قيل: فما استوفىٰ إلَّا عين المضمون، والعين قابل للملك، فبقي مكان التَّسليم علىٰ ما اقتضاه عقد الكفالة، وهو تسليم المضمون حيث هو، وهو علىٰ الأصل، وعنده دينًا أو عينًا.

❁ فإن قِيلَ: هذه العلَّة مسلَّمةٌ لكم في الكفالة بالعين المقصود[٣]؛ لأنَّه مضمون، وغير مسلَّمة في النَّفس المدَّعىٰ عليه فإنَّه غير مضمون نفسه علىٰ المدَّعىٰ عليه.

❁ قُلنَا: تسليم نفسه مضمونٌ عليه للمدَّعي في مجلس الحكم؛ بدليل أنَّه متىٰ طلبه من الحاكم أجابه إليه واستحضره، ومتىٰ لم يطلبه لم يستحضره، وبهذا يتبيَّن الوجوب حقًّا له أنَّه يستوفي حكمًا بطلبه.

❁ فإن قِيلَ: القاضي يستحضره حسبةً ليتفرَّغ لسائر النَّاس، ولكن حال دعواه؛ لأنَّ الاشتغال به يحصل حال دعواه؛ كما يستحضر الزَّاني إذا جاء الشُّهود حسبة، لا بطلب الشُّهود.

ثمَّ الكفالة بتسليم نفس الزَّاني لا تصح، وكذلك بعد ما شهد الشُّهود، فكان نقضًا وابتداء حجَّةٍ، دلَّ عليه: أنَّ الدَّعوىٰ لا يستحقُّ بها شيءٌ.

---

[١] «أ» «ن» (الغير)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (موجود).

[٣] «أ» (بالمقصود)، «ص» (المغصوب)، والمثبت من «ن».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

۞ قُلنَا: أمَّا النقض[١] فغير لازم؛ لأنَّا علَّلنا لإلحاق العين بالدَّين في قبول الكفالة به في الجملة لا في كلِّ حالٍ، فإنَّ من الدُّيون ما لا يقبل الكفالة كدين الكتابة والدِّية، وبالدُّيون التي هي لله تعالىٰ من الكفَّارات، وكذلك من الأعيان المضمونة.

وهذا؛ لأنَّ الكفالة شرعت وثيقةً للعباد حتىٰ لا تفوت[٢] عليهم حقوقهم، والله تعالىٰ غني عن الوثائق، وتسليم النَّفس ـ في باب الزِّنا ـ [لله][٣]، فلا يستوثق لها بالكفيل؛ كما لا تستوثق الكفَّارة[٤].

فأمَّا تسليم النَّفس بجواب[٥] الخصم فحقُّ الخصم؛ بدليل أنَّه يستوفىٰ ذلك منه بطلبه حكمًا، ولا كذلك تسليم نفس الزَّاني؛ فإنَّه لا يستحضر بطلب الشُّهود؛ بل القاضي إذا سمع ذلك الخبر أحضره متىٰ استصوبه، فإنَّ وقت الحسبة لا يتعيَّن عليه بطلب العبد الحسبة منه.

ولأنَّ المدَّعي صادق في الظَّاهر كما يصدق في سائر أخباره ما لم يقم دليل التَّكذيب، فيلزمه الجواب بحكم صدقه ما لم يرده بخبر مثله، والإنكار إنَّما لا يستحقُّ بالدَّعوىٰ نفس الحقِّ الذي ادَّعاه؛ لأنَّه عورض بإنكارٍ مثله.

ألا ترىٰ أنَّه يستحقُّ اليمين بعد الإنكار ليتخلَّص عنه بترجُّح خبره علىٰ خبر المدَّعي بحجَّته، فالمدَّعي استحقَّ عليه الحضور، والجواب واليمين بالدَّعوىٰ،

---

[١] «أ» «ن» (البعض)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (تعود)، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٤] «ص» (للكفالة).
[٥] «أ» «ن» (لجواز)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولو كان الاستحضار للجواب حسبة لما حلَّفه بدعواه، وقد أتمَّ الحسبة بالسؤال، وظهر له الجواب بالإنكار، فالحسبة في التَّعرف من حيث التَّحسين، لا من حيث اليمين التي شرعت حجَّة الخصوم، فالكفالة[١] مرَّة تقع بين مضمونٍ[٢] كالمغصوب، ومرَّة بتسليم عين مضمون؛ كما في نفس المنكر، وردِّ العواري على أصولنا، وتسليم عين آجره، فإنَّه مضمونٌ على المؤاجر، والكفالة بتسليمه صحيح، وبعينه[٣] لا يصح؛ لأنَّه أمانة، ومرَّة بالدَّين المضمون.

❁ فإن قِيلَ: الكفالة كما تستدعي ضمانًا ليصح، فكذلك تقتضي قدرة الكفيل على التَّسليم أيضًا. ألا ترى أنَّ المكفول بنفسه أو العارية إذا هلكت بطلت الكفالة، ولا قدرة ههنا ـ على ما ذكرنا ـ: أنَّ الأصيل[٤] منكرٌ، ولا يمكنه الاستعانة بالسُّلطان؛ لأنَّه لا يسمع دعواه عليه بكونه متبرعًا، والرِّواية ثابتةٌ في أصلكم.

❁ قُلنَا: القدرة ثابتةٌ؛ لأنَّا إنَّما نجوِّز الكفالة في مضمونٍ وجب على الأصيل تسليمه، وكان ممكنا تسليمه في نفسه، وذلك الإمكان لا يرتفع عنه بكفالة غيره؛ بل يبقى على ما كان قبل الكفالة، ثمَّ العجز للكفيل إن ثبت، فلا يثبت من حيث المكفول به؛ ولكن لقصور يده عنه، فلم يعتبر مانعًا؛ لأنَّه هو الذي أوقع نفسه في هذا الالتزام، فجاز أن يصحَّ بما فوق وسعه؛ كما إذا نذر عباداتٍ لا يمكنه الوفاء بها.

---

[١] «أ» (فالكفارة).

[٢] «ص» (بعين مضمونة).

[٣] «أ» «ن» (ونفسه)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فأمَّا إذا مات المكفول به ، فقد فات المحل ، فلا يبقىٰ الحقُّ بدون محلِّه فتقع[١] البراءة لفوت محلِّ الحكم ، لا لعجزه عن التَّسليم لمعنىٰ فيه ، والكفالة من حيث إنَّها التزام محضٌ ـ لا تمليكٌ [جديد][٢] ـ لم يشترط لصحَّتها قدرة الملتزم علىٰ التَّسليم لتصحَّ ؛ كما في النَّذر ؛ بل يُراعىٰ قيام الحكم الملتزم ، لا غير .

بخلاف البيع ؛ فإنَّه للتَّمليك ابتداءً ، فاشترط لصحَّته قيام قدرة البائع العين الجديدة . ألا ترىٰ أنَّ الكفالة بالدَّرك تجوز وفيه ضرب خطر ، وكذلك عندي تجوز مضافةً[٣] إلىٰ حلول المال أو وجوب الدَّين علىٰ ما تأتيك المسائل ، وإنَّك أوردت شيئًا عليَّ ، فإذا كان من أصلي جوازها مع مثل هذا الخطر بخلاف البيع لم يصح به الاستدلال علىٰ فساده علىٰ ما لم ينقل[٤] الكلام إلىٰ تلك المسائل .

ولا يلزم علىٰ هذا الكفالة بالقصاص ؛ فإنَّه لا يجوز ، وهو مضمون علىٰ القاتل ؛ لأنَّ[٥] عين القصاص لا يمكن تسليمه بدون نفس القاتل ، وهو لم يكفل بتسليم نفسه ، فكان المكفول به بحيث لا يتصوَّر تسليمه ، فلذلك[٦] لم يجز ؛ كما لا تجوز الكفالة بتسليم منافع عين آخر ؛ لأنَّه لا يتصوَّر تسليمها بدون العين .

---

[١] «ص» (فتفوت) .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٣] «أ» «ن» (يجوز مضافًا) ، والمثبت من «ص» .

[٤] «ص» (علىٰ فسادها لما لم يتصل) .

[٥] «أ» «ن» (لا) ، والمثبت من «ص» .

[٦] «أ» (فكذلك) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٤٢٥| مسألةٌ[١]: وأمَّا إذا كفل بتسليم نفسٍ من عليه قصاص أو حد قذف، فإنَّه يصحُّ علىٰ أصل أبي يوسف ومحمَّد.

لأنَّ التَّسليم واجبٌ حقًّا للعبد وهو مقدورٌ عليه، فصار كالكفالة بتسليم عين آجره، فإنَّه صحيحٌ.

بخلاف [ضمان][٢] تسليم المنافع دون العين.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز؛ لأنَّه من باب ما يسقط بالشُّبهة، فكان مبناها علىٰ الدَّرء، والكفالة للاستيثاق، فلم يكن ما بني علىٰ الدَّرء محلًّا له؛ [كما لم يكن محلًّا له][٣] ما كان لله تعالىٰ؛ لأنَّ الله تعالىٰ لا يفوته حقٌّ.

❖ فإن قِيلَ: أليس يحبس المدَّعىٰ عليه القذف أو حدٌّ لله تعالىٰ إذا قام شاهدٌ واحدٌ[٤]؟

قلنا: إنَّما يحبس لا وثيقةً بما يسقط بالشُّبهة أو ما لله؛ ولكن لأنَّ المشهود به معصيةٌ، فصار متَّهمًا بشهادة الواحد، والمتَّهم يحبس بفوته للتُّهمة حتىٰ يزول عنه.

|١٤٢٦| مسألةٌ: قال أبو حنيفة: لا تصحُّ الكفالة بدينٍ علىٰ ميِّتٍ مفلسٍ.

وقال أبو يوسف ومحمَّد والشَّافعي: تصحُّ(٥).

---

[١] «ص» (فصل).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ص» زيادة (وهو حد الله تعالىٰ).
(٥) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٠٧).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لما روي أنَّ رسول الله أتي بجنازةٍ، فقال: «هل على صاحبكم دين؟» فقالوا: «نعم، درهمان». فامتنع عن الصَّلاة عليه فقال: «صلُّوا أنتم»، فقال عليٌّ أو أبو قتادة: «هما عليَّ يا رسول الله» فصلَّى عليه[1].

ولو لم تصح الكفالة لما صلَّى؛ لأنَّ المانع كان هو الدَّين، ومتى لم تصح الكفالة لم يتعيَّن حكمه فيبقى مانعًا.

ثمَّ الحكم بالصحَّة ـ على ما ظهر ـ دليلٌ على أنَّ الصحَّة لا تتعلَّق بالموت

---

(١) رواه أحمد (١٤٥٣٦)، وأبو داود (٣٣٤٣)، والنسائي في «الكبرى» (٢١٠٠)، والدارقطني (٣٠٨٤)، والحاكم في «المستدرك» (٢٣٤٦)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١١٤٠١). من حديث جابر ﷺ، ولفظ أحمد: توفي رجل فغسلناه، وحنطناه، وكفناه، ثم أتينا به رسول الله ﷺ يصلي عليه، فقلنا: تصلي عليه؟ فخطا خطى، ثم قال: «أعليه دين؟» قلنا: ديناران، فانصرف، فتحملهما أبو قتادة، فأتيناه، فقال أبو قتادة: الديناران علي، فقال رسول الله ﷺ: «حق الغريم، وبرئ منهما الميت؟» قال: نعم، فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: «ما فعل الديناران؟» فقال: إنما مات أمس، قال: فعاد إليه من الغد، فقال: لقد قضيتهما، فقال رسول الله ﷺ: «الآن بردت عليه جلده». قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

وروى البخاري (٢٢٩٥) من حديث سلمة بن الأكوع ﷺ: «أن النبي ﷺ أتي بجنازة ليصلي عليها، فقال: هل عليه من دين، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أتي بجنازة أخرى، فقال: هل عليه من دين، قالوا: نعم، قال: صلوا على صاحبكم، قال أبو قتادة: علي دينه يا رسول الله، فصلى عليه».

وبنحوه رواه الترمذي (١٠٦٩) من طريق عبد الله بن أبي قتادة يحدث، عن أبيه. قال الترمذي: «وفي الباب عن جابر، وسلمة بن الأكوع، وأسماء بنت يزيد». وقال: «حديث أبي قتادة حديث حسن صحيح».

ولم أقف على رواية صرح فيها بأن الدين درهمان؛ قال ابن حجر في «التلخيص الحبير» (١١٨/٣): «وضح أن قوله: «درهمان» وهم؛ لكن وقع في المختصر بغير إسناد أيضا «درهمان». قوله: «وجاء في رواية أن عليا لما قضى عنه دينه قال الآن بردت عليه جلده». قلت: المعروف أن ذلك قيل لأبي قتادة كما سيأتي». وانظر: «البدر المنير» (٧١١/٦).

CamScanner المسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

عن وفاء ؛ لأنَّ هذا الشَّرط لم يكن ظاهراً ؛ ولأنَّه لو كان ظاهراً لكان ﷺ يقضي الدَّين ، ويصلِّي ، ولا يمتنع .

والمعنىٰ: أنَّه دين تصحُّ الكفالة به حال حياته ؛ فكذا بعد مماته .

دليله: إذا مات عن وفاءٍ ؛ وهذا لأنَّ صحَّة الكفالة تبتنىٰ علىٰ كون المكفول مضموناً مقدوراً علىٰ تسليمه ، وما تغير الوصفان بالموت ؛ أمَّا أصل الضَّمان ؛ فإنَّ الموت لم يُشرع مبرئًا عن الحقوق .

ألا ترىٰ أنَّه يطالب به في الآخرة ولو كان الموت عن وفاء لم تثبت البراءة ، وكذلك لو كان به كفيل ، وكذلك لو مات عن إفلاس وأدىٰ عنه متبرِّع صحَّ ، ولو برئ لما حلَّ لصاحبه الأخذ من المتبرع والكفيل .

وأمَّا القدرة علىٰ التَّسليم ، فلأنَّ التَّسليم حال الحياة يجب علىٰ الكفيل من ماله ، وهذه القدرة باقيةٌ ، وإنَّما فارق حال الموت حال الحياة وحال الممات عن وفاءٍ من حيث المطالبة ، فإنَّ المطالبة كانت قائمةً حال الحياة ووجود المال ، والآن ليست بقائمةٍ ، وهذا غير مانعٍ من الصحَّة ؛ لأنَّ المطالبة بقيت حقًّا للمدَّعي ، والدَّين موصوفٌ بأنَّه مطلوبٌ ، ولكنَّها تأخَّرت للعسر والإفلاس ، والتَّأخير للمانع لا يمنع صحَّة الكفالة ؛ كما لو تأخَّر حال الحياة بأجلٍ ، أو أقرَّ العبد المحجور عليه بدينٍ كان صحيحًا ، والمطالبة متأخرةٌ لعدم تصديق المولىٰ وحقِّ ملكه . ألا ترىٰ أنَّ الميِّت لو ظهر له مال تثبت المطالبة ، وكذلك لو تبرَّع عن الميِّت أحدٌ[١] بالأداء ثبت حقُّ الاستيفاء ، وهو فوق المطالبة ، وهو المقصود منها ، فلمَّا كان حقُّ الاستيفاء باقيًا مع الإفلاس عُلم أنَّ المطالبة مملوكةٌ

[١] «أ» «ن» (أخذ) ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

[أيضًا][١]؛ ولكن لا يستوفيها للعجز. كدُرَّةٍ لإنسانٍ أسقطها آخر في البحر كانت مملوكةً لصاحبها ولا يأخذها للعجز، ولا يطالب صاحبه بعينها أيضاً إيذاء[٢] للنَّاس.

دلَّ عليه: أنَّهم قالوا ـ فيمن اشترىٰ شيئًا بفلوسٍ في الذمَّة فكسدت الفلوس قبل القبض ـ بطل العقد لهلاك الثَّمن في نفسه، ولو[٣] مات المشتري مفلسًا لم يبطل العقد، ولو هلك الثَّمن بهلاكه مفلسًا، وسقط أصلًا بطل العقد؛ وهذا لأنَّ الذمَّة محلُّ الدَّين؛ كالكيس محلُّ الدَّراهم للعين، ثمَّ الدَّراهم لا تهلك بخراب الكيس، وكذلك الدَّين لا يهلك بخراب الذمَّة، علىٰ أنَّ ذمَّة الميِّت ـ وإن ذهب حقيقةً ـ فهي باقيةٌ حكمًا. ألا ترىٰ أنَّ نفسه تحترم، فيغسل، ويصلي عليه، ويجهَّز، ويدعا له، وإذا كان كذلك بقي الدَّين حكمًا كذلك، ولو لم يبق لما بقي[٤] إذا مات عن وفاء؛ لأنَّ المال لا يخلف الذمَّة في وجوب[٥] الدَّين عليها، وإنَّما هي تصلح للاستيفاء تبعًا، والوجوب يختصُّ بالذِّمم، فلمَّا بقي الدَّين تبعًا[٦] للمال حتىٰ صحَّ الاستيفاء منه، وصحَّت الكفالة ـ وهي للوجوب ـ عُلم أنَّ الوجوب الأصلي باقٍ متعلِّقٌ بالذمَّة.

ولأبي حنيفة: أنَّ الكفالة لالتزام المطالبة بالمضمون الذي علىٰ الأصيل علىٰ ما قرَّرناه، ودين الذي مات مفلسًا في حكم السَّاقط في جانب المديون في

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (أبدا).
[٣] «أ» «ن» (ولما)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (وإن لم يبق حقيقة كما بقي).
[٥] «أ» «ن» (خوف)، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (ببقاء).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أحكام الدُّنيا.

بدليل: أنَّه لا يظهر في حقِّه شيءٌ من أحكام الوجوب في الدُّنيا، فلمَّا صار في حكم السَّاقط لم تصح الكفالة كالسَّاقط حقيقةً؛ لأنَّ العبرة للحكم لا للحقيقة. ألا ترىٰ أنَّ المرتدَّ لمَّا صار في حكم الميِّت بعد اللَّحاق بدار الحرب تثبت عليه أحكام الموت الحقيقي، وكذلك الوجوب لا يتعلَّق إلَّا بالذمَّة علىٰ ما قالا، والذمَّة ثابتةٌ للآدميِّ بكونه مخاطبًا، وبالموت يخرج من جملة المخاطبين في حال مماته لعدم صلاحه، وإنَّما يبقىٰ له حكم الذمَّة والخطاب بناءً علىٰ حياة الآخرة؛ لأنَّه معدٌّ لها، فيظهر حكم الوجوب له، وعليه في أحكام الآخرة دون الدُّنيا، والكفالة من أحكام الدُّنيا. ألا ترىٰ أنَّ رجلاً لو أحرق الميِّت لم يضمن شيئاً؛ كما لو أحرق جيفةً أخرىٰ؛ ولكنَّه يأثم كما لو أتلف مخاطبًا أو ملكًا لمخاطب؛ لأنَّ الضَّمان من أحكام الدُّنيا، والإثم من أحكام الآخرة، وهو للحياة في حقِّ الآخرة، فيعطي حكمها، وليس للحياة في حقِّ الدُّنيا علىٰ ما ظهر لنا من حكم[١] الله، فلم يعط حكم الحياة لعدمها للحال، وعدم سببها في حقِّ الدُّنيا.

بخلاف الآخرة، فإنَّه للحياة في حقِّها، فأعطىٰ حكمها؛ كما أعطىٰ النُّطفة في الرَّحم حكم الحيِّ، فاستحقَّ الإرث والوصيَّة؛ لأنَّها للحياة في الوضع.

فتبيَّن بهذا أنَّا سوَّينا بين حال الحياة والممات؛ [فإن الدَّين متىٰ صار في حكمه السَّاقط حال الحياة لم تصحَّ به الكفالة، وبعد الممات][٢] متىٰ لم تكن في حكم السَّاقط صحَّت الكفالة به.

---

[١] «أ» «ن» (حكمه)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهذا كما قالوا في المرأة المديونة إذا ارتدَّت، ولحقت بدار الحرب، وسُبِيت، فكفل عنها بذلك الدَّين إنسان= لم يصح؛ لأنَّه في حكم السَّاقط في الدُّنيا، وإن كانت تطالب به في الآخرة؛ لأنَّها التزمته[١] في الإسلام، فلا تبرأ عنه في حقِّ العبد بالردَّة، وبالرِّق، ومع ذلك لم تصح الكفالة لثبوت حكم السُّقوط في أحكام الدُّنيا، فإنها لا تطالب به أبدًا لا للحال، ولا بعد العتق.

وكذلك الكفالة بدين الكتابة لا تصحُّ، وإن قامت المطالبة؛ لأنَّها في الحقيقة من حيث أصل الدَّين غير ثابتٍ؛ لأنَّه عبده[٢]، هكذا علَّل محمَّد، فهذا الذي صار في حكم السَّاقط أصلًا ومطالبةً[٣] أَوْلىٰ.

وهذا بخلاف ما إذا مات عن وفاء؛ لأنَّ حكم الوجوب باقٍ، فإنَّه يستوفىٰ من المال، ويطالب الغريمُ الوصيَّ به؛ لأنَّ حقَّ الغريم يتعلَّق بالمال في مرضه كحقِّ الورثة؛ بل قبلهم، ولمَّا تعلَّق بالمال حال القيام في الذمَّة، والتَّعلق بالمال لا يكون إلَّا في جانب حقِّه في الاستيفاء ـ لما ذكرتم ـ بقي بعد الموت، كما يبقىٰ في الرَّهن؛ لأنَّ حكم السُّقوط عن الذمَّة ليس من حيث براءته عن الحقِّ أصلا؛ ولكن من حيث تعذُّر إيجاده[٤] بفقدان المحلِّ، فيتقدَّر بقدره، فيبقىٰ متىٰ وجدنا له محلًّا بوجهٍ، والمال محلٌّ لجانب الاستيفاء فبقي في حقِّه؛ ولمَّا بقي ظهر حكمه بقاء الدَّين فصحَّت الكفالة. وكذلك لو كان بالدَّين كفيل، فإنَّ الكفيل أنزل منزلة الأصيل في الضَّمان إذا دعت الضَّرورة إليه علىٰ ما مرَّ، وإذا مات

[١] «أ» «ن» (التزمت)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (عنده)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (ومطالبته).
[٤] «ص» (اتحاده).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الأصيل دعتنا الضَّرورة إلىٰ شغل ذمَّته بأصل الدَّين ليمكن إيفاء حقِّ الكفالة. ألا ترىٰ أنَّ المرأة المديونة إذا ارتدَّت، ولحقت بدار الحرب، فسبيت، ثمَّ كفل عنها كفيل بما عليها= لم يصح إذا لم تخلِّف مالًا، وإذا خلَّفت مالًا صحَّت الكفالة، وكذلك لو كان عنها كفيل استوفىٰ منه، وصحَّت كفالة أخرىٰ.

وأمَّا قوله: «الموت لم يشرع مبرئاً للحقوق» فنعم، ولكن الحقوق لا يتصوَّر بقاؤها بلا محلٍّ، فحكم السُّقوط ثبت بفوت المحلِّ؛ لا بالموت نفسه، وأمَّا المتبرِّع إذا أدَّىٰ فإنَّما يصحُّ لأنَّ الأداء يلاقي جانب صاحب الحقِّ دون المديون، حتىٰ لو كان حال حياته لم يصر المديون مؤدِّيًا؛ بل يبرأ كما لو أبرأه عنه الغريم، والدَّين باقٍ في حقِّ صاحب الحقِّ؛ لأنَّه لم يخرج من أن يكون مستحقًّا بموت الآخر، وحكم السُّقوط عن المديون لضرورة فقدان المحلِّ، فيتقدَّر بقدر الضَّرورة، وظهر في حقِّ من عليه، دون من له.

وكان قياسه ـ من جانب المستحقِّ ـ أن لو مات ثمَّ كفل [للميت][1] بذلك الدَّين إنسانٌ لم يجز؛ لأنَّه ليس بأهلٍ له، فصار في حكم السَّاقط في حقِّه؛ إلا أن يكفل لوارثه الذي قام مقامه.

❁ فإن قِيلَ: لما صلح مال الغير محلًّا للاستيفاء منه صار بمنزلة ماله في الجملة، ومال الغير موجودٌ.

❁ قُلنَا: إنَّما يصير مال غيره بمنزلة ماله إذا جعله صاحبه محلًّا للاستيفاء منه، لا بنفسه، فقبل الجعل لا يكون كمالِه، فلا يظهر حكم البقاء بمال الغير.

يوضحه: أنَّ الكفالة لما كانت لالتزام المطالبة بالمضمون، والمطالبة

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ساقطة رأسًا[١] فيما نحن فيه في حقِّ الدُّنيا= لم تصح الكفالة؛ لفوات ما يلتزم بالعقد، وإنَّما يُقال: «متأخِّرة» إذا كانت متوقِّتة بوقتٍ يرجىٰ وجوده في الدُّنيا، وما لهذا [التأخير][٢] وقت يرجىٰ مجيئه [في الدنيا][٢]، فكان إبطالًا؛ لا تأخيرًا.

❊ فإن قِيلَ: يجوز أن يظهر له مال.

❊ قُلنَا: الأحكام تبتنىٰ علىٰ الظَّاهر الذي يوقف عليه لا علىٰ ما يبطن ممَّا لا يوقف عليه، والمسألة في ميِّت حكم بموته عن إفلاس، وإنَّما تفسد الكفالة بناءً علىٰ هذه الحالة، [فلا معنىٰ للاعتراض عليه بتغيُّر الحال][٢]؛ فإنَّها إذا تغيَّرت تغيَّر الحكم أيضاً.

وأمَّا قوله: «إنَّ المشتري إذا مات مفلسًا لم يبطل العقد» فلمعنىٰ أنَّ الحقَّ لا يبطل في حقِّ المستحقِّ علىٰ ما قلنا، وإذا كسدت الفلوس بطل الملك في حقِّ المشتري، فلذلك انتقض العقد.

وأمَّا استدلالهما بالحديث، فليس في الحديث أنَّه ليس هناك مال، ويحتمل أنَّه كان وعرفه النَّبي ﷺ، وليس فيه أن هذه كفالة صحيحةٌ مبتدأةٌ؛ بل احتمل الإقرار بالكفالة واحتمل العِدَة، وهي أقرب الوجوه؛ لأنَّ الكفالة لا تصحُّ للغائب عند الأكثرين، ولا تصحُّ للمجهول بلا خلافٍ، وكان النَّبي ﷺ لا يصلِّي ما لم يُبيَّن له وجه القضاء، وبالعدَة تبيَّن له الوجه؛ بناءً علىٰ ظاهر الحال في الوفاء لرسول الله ﷺ؛ كما كان يتبيَّن بالمال؛ لأنَّ الظَّاهر هو إمكان القضاء قبل الهلاك. ألا ترىٰ أنَّ النَّبي ﷺ سأله بعد ذلك: «أقضيت الدِّينارين»، فقال: لا، ثمَّ سأله

---

[١] «أ» (رأينا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بعد ذلك، فقال: نعم، فقال: «الآن بردت جلدته» وفي رواية: «فككت رهانه فكَّ الله رهانك»(١). ولو كان النَّبي ﷺ يمتنع من الصَّلاة لنفس الدَّين حتى يقضى لكان لا يصلي بتلك الكفالة؛ فإنَّه أخبر أنَّ الميِّت إنَّما برئ حين القضاء عنه؛ لا حين الكفالة، وإنَّما صحَّت على سبيل المواعدة بما تغيَّر من الحكم بتبين وجه القضاء، وأداء المتبرِّع يجوز؛ لأنَّه يبرئه في حقِّ الآخرة، وإنَّ الدَّين باقٍ في حقِّ المؤدَّى إليه، والثُّبوت في جانبه يكفي[٢] لصحَّة الأداء؛ لأنَّه أمرٌ بينهما، فأمَّا الكفالة فبين الكفيل وبين الأصيل؛ لأنَّه يلتزم ما عليه.

|١٤٢٧| مسألةٌ: قال علماؤنا: [الكفيل][٣] إذا كفل إلى قدوم الحاجِّ، أو إلى الحصاد صحَّت الكفالة، والشَّرط جميعاً، وإذا كفل إلى أن تمطر السَّماء صحَّت الكفالة، وبطل الشَّرط، وكذلك إلى قدوم فلانٍ رجلٍ غير مطلوب، وإذا كان مطلوبًا به= صحَّ الشَّرط.

وقال الشَّافعي: الكفالة باطلةٌ، وكذلك الحوالة(٤).

قال: لأنَّ الأجل إلى الحصاد مجهولٌ، فلا يصحُّ؛ كقوله: «إلى أن تمطر السَّماء» وأيُّ فرْقٍ في [بين][٥] الجهالة بين قدوم المطلوب بالمال، وبين قدوم رجلٍ آخر؟! ألا ترى أنَّ مثل هذا يُعتبر مجهولًا في البيع حتى يفسد البيع بها

(١) تقدم تخريجه.

[٢] «أ» «ن» (كان)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

(٤) لو شرط لإحضاره أجلا مجهولا، كالحصاد، ففي صحة الكفالة وجهان عند الشافعية أصحهما: المنع. انظر: «روضة الطالبين وعمدة المفتين» (٤/٢٦١).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كلِّها، وإذا استوت جهالةً استوت فسادًا، وإذا فسد الشَّرط فسدت الكفالة، لأنَّها للتَّمليك؛ كالبيع سواء، لما ذكرنا: أنَّ الدَّين يصير في حكم دينين. فهذا الثَّاني الذي يجب علىٰ الكفيل يُعتبر بثمن يلزمه[١] بالشِّراء، فيبطل بالأجل المجهول كما يبطل الثَّمن.

يدلُّ عليه: الحوالة؛ فإنَّها توجب دينًا في ذمَّةٍ لم يكن عليها شيءٌ؛ فكان ملكًا مبتدأً علىٰ الحويل.

قال الشَّافعي: ولهذا قلت: إنَّ الكفالة والحوالة لا تصحُّ مضافةً إلىٰ وقتٍ في المستقبل؛ كقولك: «ما دان لك قِبَل [علىٰ][٢] فلانٍ فهو عليَّ»، وكقولك: «إذا أهلَّ هلال كذا فعليَّ المال الذي لك عليه»، وكقولك: «كفلت لك بنفسه فإن لم أوافك به غدا فعليَّ المال»؛ لأنَّ البيع لا يصحُّ مع هذه الشُّروط، فكذلك الكفالة بمالٍ مجهولٍ لا تصحُّ؛ كما لا يصحُّ الشِّراء به؛ ولأنَّ ما أبطل الشَّرط أبطله الجهالة في نفسه كالبيع، وعكسه الطَّلاق والعتاق، وما أبطله الجهالة في نفسه أبطله جهالة الأجل؛ كالبيع.

ولا خلاف في الكفالات أنَّها[٣] تبطل بالشُّروط المحضة؛ كقولك: «إن قدم فلانٌ فعليَّ المال» أو «إن كلَّمتِ زيدًا»، وكذلك إذا قال: «إن أهلَّ هلال كذا» أو «إن كان[٤] لك عليه شيء فعليَّ» أو قوله: «إن لم أوافك به غدًا فعليَّ المال». أيُّ فرق بين هذه الشُّروط؟! ثمَّ أيُّ فرْقٍ بين التَّعليق بالشَّرط وجهالة

[١] «ص» (مثله).
[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[٣] «أ» (أنما)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «ن» (دان)، «ص» (داب).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الملتزم في نفسه في أحكام الشَّرع.

ولا يلزمنا الكفالة بالدَّرَك، لأنَّ الكفالة بالدَّرَك ـ في المعنىٰ ـ كفالةٌ بضمان البيع، وضمان البيع به للحال ثابتٌ، وهو معلومٌ بنفسه[١] حيث وجب بالبيع.

وإنَّما قلنا: إنَّه كفالةٌ بضمان البيع؛ لأنَّ البيع يوجب تسليم المبيع سليمًا أو ردَّ الثَّمن، فإنَّه عقد مبادلةٍ، فيصيران كشيءٍ واحدٍ من هذا الوجه حكمًا؛ إنَّما تتغيَّر صفته كما أنتم قلتم في ضمان الغصب: إنَّه تصحُّ الكفالة به، وإذا هلك طولب الكفيل بقيمته؛ لا[٢] أن تكون هذه كفالةً مبتدأةً؛ بل هي الواجب بالكفالة الأولىٰ.

وكذلك الغاصب نفسه يلزمه ردُّ[٣] العين بالغصب، وإذا عجز يلزمه ردُّ القيمة بالغصب أيضًا؛ لا بالهلاك، فيكون خروجًا عن ضمان الغصب في الحالين جميعًا، فعلىٰ ذلك نقول ـ في الكفالة[٤] في الدَّرك ـ: إنَّ[٥] الكفيل يلزمه الخروج عن ضمان المبيع الواجب علىٰ البائع المعلوم للحال، وإنَّما تظهر الجهالة بعد ذلك، وطريان الجهالة لا يمنع بقاء البيع علىٰ الصحَّة، فكذلك الكفالة. ألا ترىٰ أنَّ المبيع إذا أتلف قبل القبض بقي العقد علىٰ القيمة، وهي مجهولةٌ جهالةً تمنع الابتداء؛ إلَّا أنَّ هذا لا يصحُّ علىٰ قول من يقول: إنَّ الكفالة بالعين باطلةٌ؛ لأنَّه عينٌ للحال؛ ولأنَّ الدَّرك إذا لحق وجاء

[١] «ص» (بيقين).
[٢] «ص» (إلا).
[٣] «أ» «ن» (أداء)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (بالكفالة)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (بأن).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

الاستحقاق[١] يتبيَّن به أنَّ ذلك القدر[٢] كان على البائع ، وأنَّ الكفالة صادفت ضمانًا قائمًا معلومًا بنفسه ؛ إنَّما الضَّامن جهل قدره ، وتلك جهالة عفو ؛ لأنَّها لا توقع في المنازعة ، ولا تعدِم التَّسليم ؛ لأنَّ الخطاب بالتَّسليم لا يتوجَّه عليه إلَّا بعد الاستحقاق ، والجهالة ترتفع حينئذٍ لا محالة ، فأمَّا في مسألتنا هذه فالمطالبة تتوجَّه عليه للحال ، والجهالة قائمةٌ مؤديَّة إلى المنازعة ، ومفوتة التَّسليم ؛ فتكون معتبرةً.

هذا كما قلت ـ في السَّلم في المنقطع إذا جعل أجله في حينه ـ: إنَّه يجوز ؛ لأنَّ العقد المؤجَّل إنَّما يوجب التَّسليم حين محلِّ الأجل ، والعجز يرتفع إذا جعل الأجل في حينه ، وإذا جعل المحلُّ في غير حينه لم يجز ـ وإن كان العقد في الحين ـ ؛ لأنَّ العجز قائمٌ حال ما يوجب عقد السَّلم[٣] ، فعلمت أنَّ العبرة فيما يفوت التَّسليم حال الوجوب[٤] ؛ لا حال العقد ، والجهالة لم تُعتبر إلَّا أنَّها تفوت التَّسليم بقيام المنازعة.

قال: والاحتجاج [عليَّ][٥] بقول الله تعالى ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢] غير صحيحٍ ؛ لأنَّه ليس بكفالة ؛ ولكنَّه إجارةٌ[٦] ، فإنَّ المنادي ضمن أجرًا للذي يجيء به بإزاء عملٍ ، وهو ردُّ السَّرقة عليه ، وأنا أصحِّح مثل هذا.

---

[١] «ص» (المستحق).

[٢] «أ» (العذر) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (العقد التسليم). وفي «أ» غير محرر.

[٤] «ص» (الوجود).

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (إذا جازه) ، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فإنَّ الشَّافعي قال ـ فيمن أبق غلامه ، فخاطب قومًا فقال: «من جاء به منكم فله عشرة» ـ إنَّه شرطٌ صحيحٌ[1] جعل له على حمله ، ومتى أوفاه استحقَّ الجعل ، وأنتم لا تصحِّحُونه ، فتكون الآية حجَّةً عليكم فيها ، ولا تكون حجَّة عليَّ ؛ لأنَّها غير واردةٍ في ضمان الدَّين على رجلٍ ؛ ولكن في الضَّمان ابتداءً بإزاء عملٍ يعمله .

ولعلمائنا: هذه الآية ، ووجه الاستدلال منها: أنهم قالوا: إنَّا ﴿نَفْقِدُ صُوَاعَ ٱلْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢] ، فهذا المنادي لم يكن مالكًا ، وإنَّما كان نائبًا ورسولًا عن يوسف ، فيكون حِمل البعير شرطًا له على يوسف ، وكان الحِمل أيضًا ليوسف ، فلم يكن لغيره طعامٌ يُباع ؛ فكان قوله ﴿وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ ضمانًا عن يوسف ، فيكون كفالةً مضافةً إلى سبب الوجود على يوسف ، وهو عين الخلاف ، فلمَّا ثبت جوازه بقي كذلك جائزًا حتى تقوم دلالةٌ على النَّسخ على أصولنا .

ودلالة أنَّها كانت جائزةً: أنَّ الله تعالى حكى ولم يعقِّب بالإنكار ، ولا رُوي عنه ﷺ ما يردُّه في شرعه ؛ ولأنَّه كان يأمر يوسف كلَّ تلك القصَّة ، وهو الذي كان احتال به ليتمكَّن من أخذ أخيه عليه السلام ، ويوسف كان نبيًّا ، فيكون هذا شريعةً له ، وشريعة من قبلنا تلزمنا ما لم يظهر نسخها ، فثبت الجواز لكونه شريعة نبي ، وبتقرير الله تعالى بترك الإنكار .

فأمَّا قولهم: «إنَّ فيه أنَّ الجعالة[٢] صحيحةٌ على هذا الوجه» ، فهي مسألةٌ

---

(١) انظر: «العزيز شرح الوجيز» (٦/١٩٨) ، و«روضة الطالبين وعمدة المفتين» (٥/٢٦٩) .

[٢] «ص» (الكفالة) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أخرىٰ، ونحن تركناها لقيام دلالة النَّسخ في شريعتنا، وهي أنَّ جهالة المبيع مفسدةٌ للبيع، والإجارة نوع بيعٍ. وكذلك إذا آجر رجلٌ أحد عبيده، أو إحدىٰ دوره لم يصح بالإجماع، وهذا استئجارٌ لأحد الرِّجال، وانتساخ هذا الحكم لا يدلُّ علىٰ انتساخ الآخر بلا نسخٍ قائمٍ في الآخر.

❁ فإن قِيلَ: قد ظهر الانتساخ في الآخر، وهو أنَّه لا تصحُّ الكفالة بالإجماع لمجهولٍ، وههنا المكفول له مجهولٌ.

❁ قُلنَا: فيه أمران: إثبات جواز الكفالة مع جهالة المكفول له، وجوازها مضافٌ إلىٰ سبب الوجوب[١]، فانتساخ الجواز مع الجهالة[٢] لا يدلُّ علىٰ الانتساخ مع الأخرىٰ.

وهذا كما حاججتم بكفالة أبي قتادة في قصَّة الميت الذي عليه درهمان حيث قال: «هما عليَّ»، فقلتم: فيها دلالة جواز الكفالة عن الميت المفلس؛ وإن كانت كفالة لمجهول، وقلتم فيها: إن الكفالة عن المفلس تجوز، ولا تجوز للمجهول وللغائب، ثمَّ البطلان ـ مع الجهالة والغيبة ـ لا يدلُّ علىٰ البطلان مع الإفلاس، ومثاله كثير.

والمعنىٰ في المسألة ما مرَّ: أنَّ الكفالة والحوالة ليست بمعاوضةٍ؛ ولكن لالتزام ما كان له علىٰ الأصيل[٣]؛ إمَّا لأصل الدَّين أو المطالبة به، فيلائمه الأجل المجهول؛ كما لو أجَّل الأصيل[٣] بنفسه إلىٰ الحصاد، فإنَّه يصحُّ. ولو أجَّله إلىٰ

---

[١] «أ» «ن» (الوجود)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (الإضافة).

[٣] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

«أن تمطر السَّماء» لم يصح ؛ لأنَّه إنَّما يكنىٰ بهذا عن وقته ؛ كقولك: «ائتني صلاة الظُّهر» أي وقتها ، وللحصاد وقت معلوم من السَّنة من حيث الأوان ، وإن كان يتقدَّم الفعل ويتأخَّر فيه ؛ كما أنَّ للظُّهر أوانًا معلومًا ، والفعل يتأخَّر إذا جاء [الأوان ولم يحصد النَّاس حلَّ الأجل ، وإنَّما في الأوان جهالةٌ يسيرةٌ ؛ لأنَّ يومه غير معلوم قطعًا من السنة ؛ بل بالتَّخمين ، ما يعلم][١] إذا جاء حين دخوله ، لا توجد تلك الجهالة في حال العدم ؛ بل معلوم يقينًا أنَّ الشِّتاء ليس بحينه . وكذلك أوان قدوم الحاجِّ كمثله ، ولمَّا عُدم[٢] الأوان قطعًا كان التَّأجيل صحيحًا ؛ لأنَّه للتَّأخير ، وقد عُدم[٣] يقينًا حال العدم ، ثمَّ الجهالة التي تقع حين الوجود لم تكن معتبرةً ؛ لأنَّ القول قول الذي أجَّل في هذا الباب ؛ لأنَّه هو المنفرد بالالتزام لما كان تأجيلًا بحقٍّ ثابتٍ له .

بخلاف أصل البيع ، فإنَّه شرطٌ دخل فيما هو عوض ، فلم يصر البائع هو الملتزم وحده ؛ بل المشتري بقوله: «إنِّي زدتك ثمنًا في مقابلة الأجل» علىٰ ما عليه عُرف التُّجار ، فينازعه فيقول: «لا تلزمني تلك الزيادة شأنك كما لا تلزمك زيادة الأجل شأني» ، فتتحقق الجهالة الموجبة للمنازعة ، وكان كالاختلاف في الثَّمن ، وفيما نحن فيه لمَّا تفرَّد مَن عليه الأجل بالالتزام كان القول قوله في بيانه . كمن أقرَّ بشيءٍ مجهولٍ كان صحيحًا ، ولم تكن الجهالة مانعةً من الصحَّة ؛ لأنَّ القول قوله لتفرده بالالتزام ، فعلمت أنَّ نفس الجهالة [في][٤] الملتزم لا تمنع صحَّة الالتزام إذا تفرَّد الملتزم بالالتزام ؛ لزوالها ببيانه وحده .

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٢] «ص» (ولما علم عدم) .
[٣] «ص» (علم) .
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فكذلك الأجل ـ بل أولىٰ ـ؛ لأنَّه صفةٌ للدَّين، فكان دون جهالة أصل الدَّين في نفسه، فأمَّا إذا كفل إلىٰ أن تمطر السَّماء كان كقوله: «إلىٰ وقت المطر» فلم يكن تأجيلًا؛ لأنَّ كلَّ الأوقات صالحةٌ للمطر، فكان وقتًا له، فلم يكن تأخيرًا.

هذا إذا سلَّم الشَّافعي أنَّ الكفالة صحيحةٌ بأجلٍ مؤقَّتٍ ثمَّ أبطله للجهالة؛ كالبيع.

وكذلك الكفالة إلىٰ قدوم فلانٍ؛ كقوله: «إلىٰ وقت قدومه»، وهذا وقتٌ له، فلا يكون تأخيرًا، أو ربَّما لا يقدم فيكون إبطالًا، فأمَّا إذا كفل إلىٰ قدوم المطلوب، فلا يصير كنايةً عن الوقت؛ ولكن [عن][١] نفس الحضور؛ لأنَّ المراد منه الاستمهال لغيبة[٢] مَن عليه الحق، فإنَّها عذرٌ في تأخير الأداء، حتىٰ إذا قدم وماطل كان كفيلًا عنه، فأمَّا إذا لم يكن القادم مطلوبًا، فلا معنىٰ لحضوره، والمال لا يتَّصل به، فجُعل كنايةً عن الوقت؛ كما في هبوب الرِّيح.

[وإليه أشار محمَّد؛ فإنَّه قال: الأجل إلىٰ مهبِّ الرِّيح ـ وما أشبهه ـ ليس من عمل التُّجار، أي: لا يتعارفون مثله تأجيلًا، وليسوا يشتغلون به.

دلَّ عليه:][٣] أنَّ الحوالة أو الكفالة بمعنىٰ الالتزام؛ لما ذكرنا: أنَّ الملتزم كان ثابتًا قبلها، فأشبه النَّذر وما ألزمه[٤] الله علينا من العبادات والعقوبات، وفيها معنىٰ التَّمليك؛ لأنَّ صاحب الحقِّ يملك قبل الكفيل والحويل ما لم يكن له

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (الاستعجال لعينه)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (ألزمها)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

قبلها، فمن حيث إنَّه التزام كان يجب أن يصحَّ مع الأجل المجهول والمعلوم ومعلَّقًا بالشَّرط. كالنَّذر؛ فإنَّه صحيحٌ أن يقول: «لله علي التَّصدق بدرهم غدًا» أو «إلىٰ قدوم الحاج»، و«إذا جاء الغد[١]». والله أوجب كذلك فقال: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥]، وهي مجهولةٌ، وقال: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥] فعلَّق بالشَّرط. ومن حيث إنَّه تمليكٌ لا يصحُّ؛ كالبيع، فقيل: إنَّه يصحُّ مؤجَّلا بأجلٍ مجهولٍ، ومضافًا إلىٰ وقت الوجوب؛ كالنُّذور وحقوق الله، ولا يصحُّ معلَّقةً بالشُّروط المحضة؛ كالأيمان والهبات والبراءات، فهذه طريقةٌ صالحةٌ للمسائل كلِّها، فعند [قلَّة][٢] المفسد[٣] يُعتبر بالنُّذور، وعند كثرته يُعتبر بالأيمان والتَّمليكات، وعلىٰ هذا تخرج جهالة المكفول به؛ لأنَّه لا يؤدِّي إلىٰ المنازعة؛ بل القول قول الكفيل؛ لأنَّه منفردٌ بالالتزام، وأشبهُ بالإقرار[٤].

بخلاف جهالة المكفول عنه؛ لأنَّ المبطل ثَمَّ جهالة المحلِّ في دخوله تحت الكفالة؛ لا جهالة القدر، فأشبه جهالة المكفول له، أو جهالة المقَرِّ له؛ لأنَّ الحكم في موضوع[٥] الكفالة يختلف بجهالة المكفول [عنه؛ كما يختلف بجهالة المكفول][٦] له؛ لما ذكرنا: أنَّه في الأصل إقراض الذمَّة للمكفول عنه، فما لم يكن المستقرض معلومًا لم يصحَّ؛ كما لا يصحُّ ما لم يكن المقرض معلومًا؛ إلَّا

[١] «ن» (غدا).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (المفسدة).

[٤] «أ» (الإقرار).

[٥] «أ» (موضع)، «ص» (موضوعي)، والمثبت من «ن».

[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

أنَّه إذا كفل بغير أمره صحَّ بمعنى التَّبرع، وعدم الإقراض في حقِّه، فأمَّا هو في الأصل فإقراضٌ عنه.

هذا كما إذا أدَّى الدَّين عن رجلٍ لم يصح حتى يكون المؤدَّى عنه معلومًا؛ لأنَّه في الأصل إقراضٌ له ما يؤدِّيه عنه[١]؛ كما لو كان بأمره ونيابةً عنه؛ إلَّا أنَّه إذا كان متبرِّعا لم ينفذ عليه، واقتصر على المؤدَّى على حكم أنَّه بمنزلة الثَّابت في حقِّ صاحب الدَّين، فلم يصر الاقتضاء منه حتى يكون من عليه الدَّين معلومًا بنفسه.

بخلاف جهالة المقرِّ به إذا أقرَّ بإحدى الشَّاتين جاز، ويلزمه الأوكس[٢]؛ لأنَّ الحكم لا يعدو المقِرَّ إلى المقرِّ به؛ لأنَّه حقُّه.

وهذا كما قلنا نحن: إنَّ جهالة الدَّين لا تمنع صحَّة الإبراء، وكذلك الصُّلح؛ لأنَّها لا تؤدِّي إلى المنازعة وفوت تسليم الحقِّ؛ لأنَّ ما يسقط بالصُّلح والإبراء مسلَّم إلى الذي كان الدَّعوى عليه.

وأمَّا[٣] الكفالة المضافة إلى سبب الوجوب، وهو قوله: «ما دان لك عليَّ[٤]» أو: «إذا أهلَّ هلال كذا...»، فإنَّ تفسيره عندنا إذا حلَّ الدَّين؛ [لأنَّه ميقاتٌ للأجل][٥] «فهو عليَّ»، فيكون سبب الوجوب على هذا التَّقدير صحيح[٦]

---

[١] «ص» (كما يؤديه بإذنه).

[٢] «ص» (الأولتين).

[٣] «ص» (مسألة: وأما...).

[٤] «ص» (ما دان له على فلان فهو عليَّ).

[٥] ما بين [ ] ليس في «ص».

[٦] «أ» «ن» (فصحيحة)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

عندنا؛ بخلاف المعلَّقة بشرطٍ محضٍ.

والاستدلال بقصَّة يوسف موضعه ههنا؛ ولأنَّ المضافة إلىٰ وقت الوجوب موجودةٌ للحال؛ لأنَّ الإضافة أجلٌ، والأجل في الحكم لا يعدم السَّبب. ألا ترىٰ أنَّ الدَّين المؤجَّل مملوكٌ، وتأخير المطالبة ـ التي هي حكم ملك الدَّين ـ لا يعدم سبب المطالبة، وهو ملك الدَّين.

وكذلك الله تعالىٰ أوجب الزَّكاة بسبب النِّصاب مؤجَّلًا إلىٰ حلول حولٍ حتىٰ لم تجب الزَّكاة قبل الحول، ولم يمنع قيام انعقاد السَّبب حتىٰ إذا عجَّل جاز[١].

وكذلك قوله تعالىٰ: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] منع وجوب الصَّوم للأجل الذي دخل عليه، ولم يمنع انعقاد السَّبب؛ حتىٰ إذا عجَّل جاز، وإذا كان كذلك صحَّت الكفالة؛ لأنَّها غير منعدمةٍ للحال، وإن تأجَّل حكم الكفالة، وهو وجوب حكمها؛ لأنَّ تأخير الحكم عن العلَّة بمانعٍ لا يدلُّ علىٰ فساد العلَّة.

وكذلك البيع بشرط الخيار منعقدٌ، والحكم متأخِّر إلىٰ حين سقوط الخيار؛ لأنَّ الشَّرط لم يدخل أصل البيع. وكذلك الطَّلاق إلىٰ شهرٍ موجود[٢] للحال سبباً، ولا حكم.

فإن قال: المانع جهالة الأجل، فقد ذكرنا أنَّ هذه الجهالة غير منافيةٍ، وإنَّ هذه الجهالة بمنزلة جهالة الدَّرك؛ لأنَّه لا مطالبة قبل الوجوب؛ كما لا مطالبة

---

[١] «أ» «ن» (حلف)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (موجودة)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

قبل الدَّرك ، وبعد الدَّرك يصير[١] معلوماً ثابتاً ، فكذلك ههنا لا فرق بينهما ، إلَّا من حيث إنَّه في الدَّرك يتبيَّن أنَّ الضَّمان كان ثابتاً حين الكفالة ، والحكم موجود ، وههنا: لا ، وإنَّما يثبت الحكم من بعد ، وقد ذكرنا أنَّ هذا التَّأخير لا يفسد شيئاً من العلل والأسباب .

بخلاف بيع ما سيوجد ، فإنَّه لا يجوز ؛ لأنَّ الفساد لعدم محلِّ السَّبب ؛ لأنَّه محلُّ المبيع ، وعدم المحلِّ مانعٌ وجودَ السَّبب ؛ كعدم النِّصاب ، والمحلُّ في مسألتنا الذمَّة ؛ لِمَا ذكرنا أنَّه التزام في جانب الكفيل ، فكان كالنُّذر .

وإن قيل: إنَّ الشِّراء لا يصحُّ بثمن سيجب ، وفي جانب الثَّمن التزام أيضاً.

قُلنَا: نعم ، ولكنَّه مقابل لما يجب للمشتري قبل البائع ؛ لأنَّه عقد معاوضةٍ ومساواةٍ ، ثمَّ مطلق البيع يوجب الملك للحال ، إلَّا بمانعٍ ، وهو شرط الخيار ؛ بخلاف القياس ، فكذلك في جانب الثَّمن ليكون مساوياً له ، فأمَّا الكفالة فليس يجب تصحيحها بناءً على أمرٍ[٢] يتعجَّل للحال ، فلذلك[٣] اعتبر بالنُّذور في صحَّتها متأخرًا عنها حكمها .

وعامَّة مشايخنا قاسوا هذا على ضمان الدَّرك ، فإنَّه مجهولٌ ومضافٌ إلى سبب الوجوب والاستحقاق ، فإنَّ الأحكام مبنيَّة على الظَّاهر ؛ لا على ما عند الله تعالى ، وفي الظَّاهر الملك للبائع ولا ضمان ؛ ولكن لا غنية عمَّا قلناه ، فإنَّ الاستحقاق يبيِّن أنَّ الضَّمان كان قائماً عند العقد ، وفيما نحن فيه لا تبيُّن ، وفرقٌ

[١] «أ» «ن» (فيصير) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «ص» (أجر) .

[٣] «أ» «ص» (فكذلك) ، والمثبت من «ن» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

بينهما. ألا ترىٰ أنَّ الهبة إذا استحقَّ نصفها ـ وهي ممَّا تقسم ـ بطلت الهبة ؛ لأنَّه تبيَّن أنَّ العقد وقع علىٰ مشاعٍ.

وكذلك الشُّفعة تبطل إذا استحقَّ المبيع، وبمثله لو وجب الفسخ[١] بسببٍ طارئٍ ـ كالرَّد بالعيب ـ لم تبطل الشُّفعة. وكذلك بطلان بعض الهبة بموت الواهب، والهبة لا تخرج من الثُّلث= لا يوجب بطلان الباقي الذي يخرج من الثُّلث ؛ لأنَّه شيوعٌ طارئٌ.

وإذا كان كذلك احتجنا إلىٰ أن نبيِّن أنَّ الضَّمان القائم والمعدوم سواءٌ في حقِّ صحَّة الكفالة لقيام الذمَّة.

ولا يلزم علىٰ شيءٍ من هذا التَّعليق بالشُّروط المحضة ؛ لأنَّ التَّعليق يخرج المعلِّق من أن يكون سبباً علىٰ ما بيَّنا في مسألة [تعليق][٢] الطَّلاق بالنِّكاح[٣]، والمعلَّق بالشَّرط قبل شرطه، فإنَّه لا يجوز عندنا ؛ لأنَّ المعلَّق ليس بسببٍ. ألا ترىٰ أنَّه إذا علَّق نفس البيع بشرطٍ لم يصح، ومع شرط الخيار يصحُّ ؛ لأنَّه مرسلٌ، والحكم متعلِّقٌ بالشَّرط، وهو الملك.

ولهذا قيل: إنَّه إذا باع بمحاباةٍ لا يخرج من الثُّلث، وهو صحيحٌ مع شرط الخيار، ثمَّ مرض فتمَّ البيع= لم تُعتبر المحاباة من الثُّلث ؛ لأنَّ السَّبب انعقد في الصحَّة سبباً.

وكذلك قلنا نحن: إنَّ الكفالة في المرض بالمال مُعتبر[٤] من الثُّلث، ولو

[١] «ص» (النقض).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» زيادة (وتعجيل النذر).
[٤] «أ» (تعتبر).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

قال: «ما دان لك علىٰ فلان فهو علي» أو علّق بسائر الشُّروط التي تصحُّ معها الكفالة في الصحَّة، ثمَّ مرض، فوجب= لم تعتبر من الثُّلث؛ لأنَّه متأجِّلٌ، وغير متعلِّق.

[ولو قال لعبده: «إن دخلت الدَّار فأنت حر» في صحَّته، ثمَّ مرض، فدخل = اعتبر من الثُّلث؛ لأنَّه متعلِّق، وإنَّما صار سببًا بعد الشَّرط][1].

وكذلك إذا قال: «كفلت لك بنفس فلان، فإن لم أوافك به فعليَّ المال الذي عليه» ــ وهو ألف درهم ــ؛ لأنَّ الكفالة نافذة[2] للحال صحيحة، فلم يكن الشَّرط لابتداء الكفالة؛ ولكن لتأجيلها إلىٰ عجزه عن تسليم النَّفس، بدلالة الحال حملت عليه، ولم يجعل شرطاً محضًا؛ كما قلنا في التعليق بالوقت الذي يكون محلًّا للأجل، أو كان الشرط لنقل الكفالة إلىٰ أخرىٰ علىٰ سبيل البدل عنها، لا علىٰ سبيل ابتداء الوجوب.

وإذا كان كذلك كان حكمه [حكم][3] البقاء؛ كالكفيل بالدَّرك الذي يلتزم عنه ضمان البيع، وهو ما تمَّ للحال، ثمَّ ينتقل إلىٰ الثَّمن عند الاستحقاق.

حتىٰ قال **علماؤنا** فيمن كفل بنفس رجلٍ لرجلين ــ علىٰ أنَّه إن لم يوافيهما غداً به فعليه المال ــ، فوافىٰ به أحدهما= برئ عن حصَّته، ولو اعتبر شرطًا محضًا لما برئ ببعض الشَّرط، ولزمه كلُّ المال كما لو لم يأت ببعضه.

كما لو قال: «إن لم آكل هذا الرَّغيف اليوم فامرأته طالقٌ، أو عليَّ الصَّدقة

---

[1] ما بين [ ] ليس في «ص».

[2] «أ» «ن» (تامَّةٌ)، والمثبت من «ص».

[3] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بدرهم» ، فأكل بعضه دون بعضٍ طلِّقت امرأته ، وعليه الدِّرهم ، وإن كان الدِّرهم يتجزَّأ صدقةً ، وإنَّما الانقسام في المبادلات يكون ، فثبت أنَّ علماؤنا لم يجوزوا ابتداء الكفالة معلَّقةً بالشُّروط ، واعتبروها بالتَّمليكات في هذا الباب ، وجوَّزوها مضافةً ، واعتبروها بالنُّذور والالتزامات المحضة من جهة العبد ، ومن جهة الله تعالىٰ لشبهه بالأمرين جميعاً ، وخصمنا ألغىٰ اعتبار جانب الالتزام غفلةً عنه ، ونحن اعتبرناه وقوفاً عليه ، فكان معذورًا ، وكنَّا مشكورين.

والكفالة بخلاف الرَّهن ، فإنَّ الرَّهن بالدَّرك لا يجوز بالإجماع ، والكفالة صحيحةٌ لعدم الضَّمان ظاهراً ، ووجوب بناء الحكم للحال علىٰ الظَّاهر لدينا ؛ لا علىٰ ما هو ثابتٌ عند الله تعالىٰ ؛ وهذا لأنَّ الارتهان عقد استيفاء ، فكان محلُّه الدَّين لا الذمَّة ، فانعدم بانعدام محلِّه ؛ كما ينعدم البيع ، وأمَّا الكفالة فالتزامٌ[1] في الذمَّة ، والذمَّة قائمةٌ ، فلم تبطل لتأخُّر الحكم بالتَّأجيل إلىٰ وجوب الدَّين أو وقتٍ آخر.

|١٤٢٨| **مسألةٌ**[2]: إذا كفل بنفس رجلٍ في مصر ، فسلَّمه إليه في مصرٍ آخر برئ عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يبرأ.

لأنَّ الكفالة في مصر توجب التَّسليم في مكان العقد ؛ كسائر العقود التي توجب التَّسليم ، فلم يكن التَّسليم في مصرٍ آخر هو المستحقُّ عليه بالعقد ، فلا

[1] «أ» «ن» (بالتزامٍ) ، والمثبت من «ص».

[2] تكرر ذكر هذه المسألة في آخر الكتاب في النسخة «أ».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يبرأ عن الواجب؛ كما لو سلَّم في مفازة أو قرية.

بخلاف ما إذا كفل بنفسه ليسلِّمه إليه في ناحية عيَّنها، فسلَّم في ناحيةٍ أخرىٰ؛ لأنَّ المصر مع تباين أطرافه جعل كمكانٍ واحدٍ في حقِّ التَّسليم؛ كما في الإجارة للحمل إلىٰ مصر كذا، وكما في بيان مكان تسليم السَّلم، فإنَّه إذا بيَّن المصر أجزأه، ولم تجعل كذلك الأمصار والقرىٰ.

دلَّ عليه: أنَّ المقصود من الكفالة بالنَّفس إحضار المكفول به ليخاصمه، ويثبت عليه حقًّا بالحجَّة، والحجَّة لا تتيسَّر[١] في كلِّ البلاد، فكان تخصيص المصر شرطًا مفيداً، وأمَّا تخصيصه المحلَّة فلا؛ لأنَّ الحجَّة تقام عند القاضي، ومكان القاضي يكون واحداً في المصر كلِّه.

وأبو حنيفة يقول: إنَّ الأمصار كلَّها كمصْرٍ واحدٍ في حقِّ هذا التَّسليم خاصًّا؛ لأنَّ دار الإسلام واحدةٌ في إقامة حكم الله تعالىٰ، والقضاة كذلك لا عبرة باختلافهم. ألا ترىٰ أنَّه في المصر الواحد لو عزل القاضي الذي كان حين الكفالة صحَّ التَّسليم [إليه][٢] ـ وإن جاء قاضٍ آخر ـ. ولو أنَّ ذلك القاضي تولَّىٰ قضاء [بلدٍ][٣] آخر فسلَّمه فيها[٤] لم يصحَّ عندهما، فثبت أنَّ العبرة للتَّسليم في موضعٍ يُقام فيه حكم الإسلام، والأمصار كلُّها سواء في هذا الحكم[٥]؛ لأنَّها لا تخلو عن القضاة، والعبرة لجنس القضاة؛ لا لعينٍ معيَّنٍ[٦] كان حين الكفالة.

[١] «ص» (تتبين).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ».
[٤] «أ» «ن» (سلَّمه فيه)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (المعنىٰ).
[٦] «أ» «ن» (معه)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

وكذلك الحجة لا عبرة بها[١] ، فإنَّ الشُّهود لو كانوا حضورًا وقت الكفالة عيناً عند التَّسليم في ذلك المصر صحَّ ، ولا يمكنه الإثبات بغير شهودٍ. وكذلك لو حضر الشُّهود بلداً آخر ، فسلَّم فيه ؛ لم يصحَّ عندهما ، والحجَّة فيها.

فثبت أنَّه بالإجماع لا عبرة لهذه الأحوال ؛ لأنَّه لا يمكن ضبطها ، وبناء الإمكان عليها ؛ لأنَّهم يموتون ويغيبون ، والقاضي يعزل ويولَّى ؛ إنَّما العبرة لموضعٍ فيه قاضٍ ؛ لأنَّ دار الإسلام لا تخلو عنه في الجملة ، وإذا صارت العبرة للتَّسليم في مكانٍ فيه قاضٍ ـ أيُّ قاضٍ كان ـ صارت الأمصار مصراً واحداً.

بخلاف الإجارة ، فإنَّ العبرة فيها للمعقود عليه[٢] من المنافع ، فإنَّها تتفاوت بتفاوت الأمكنة ، فلذلك[٣] لم تجز مع تفاوت الأمصار ؛ لأنَّه كثير ، ويحمل تفاوت المحالِّ ؛ لأنَّه ممَّا لا تنافس[٤] في ذلك عادةً ، ولا يقع بمثله منازعةٌ.

وهذا معنى قول أبي حنيفة: إنَّه يسلِّم إليه في موضعٍ لا يمكنه الامتناع عنه ؛ لأنَّه موضع قاضٍ يستعين به[٥] ، فيحضره كمصره سواء في هذا الباب. ألا ترى أنَّه لو سلَّمه إليه في مصره ـ وهو محبوسٌ بحقٍّ عليه ـ لم يكن تسليماً ؛ لأنَّه ممتنعٌ عنه في هذه الحالة ، وكذلك لو سلَّم في مصرٍ آخر لا قاضي فيه ولا سلطان ، لم يصحَّ التَّسليم.

---

[١] «أ» (فيها) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (لمكان المعقود).

[٣] «أ» «ص» (فكذلك) ، والمثبت من «ن».

[٤] «ن» (تناقش).

[٥] «ص» زيادة (للخصومة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهذا أيضًا بخلاف تسليم المسلم فيه ؛ لأنَّه تلزمه[١] زيادة مؤنةٍ بالنَّقل إلىٰ حيث هو ، فلم تستو الأمصار كلُّها حتىٰ إذا كان شيئاً لا حمل له ولا مؤنة استوت الأمصار كلُّها.

|١٤٢٩| مسألةٌ: الكفالة لغائب لا تتوقَّف علىٰ إجازته حتىٰ يقبل عنه حاضر عند أبي حنيفة ومحمَّد.

وقال أبو يوسف أخيراً: تصحُّ.

فمن مشايخنا من يقول: تصحُّ نافذاً ، ومنهم من يقول: تصحُّ متوقِّفاً علىٰ إجازته ؛ كالنِّكاح المعقود بالواحد الفضولي.

وظاهر الرِّواية يدلُّ علىٰ القول الأوَّل ؛ لأنَّه ذكر في الأصل أنَّها جائزةٌ علىٰ قوله الآخر ، والجواز إنَّما يطلقه محمَّد علىٰ النَّافذ ، فأمَّا الموقوف فيسمِّيه محمَّد باطلاً ؛ إلَّا أن يجيزه[٢].

ووجه ذلك ما ذكرنا: أنَّ الكفالة التزام في أقوىٰ وجوهها ؛ كالإقرار والنَّذر ، فيتمُّ بالواحد ، إنَّما يحتاج إلىٰ الاثنين ما[٣] فيه تمليكٌ صحيحٌ ؛ لأنَّه لا يتمُّ إلَّا بالذي يتملَّكه. ألا ترىٰ أنَّ الإبراء يتمُّ بالواحد ؛ لأنَّه إسقاطٌ في أظهر وجهيه ، فيتمُّ بالمسقط وحده ؛ كالطلاق ، وإن تضمَّن تمليكاً بوجهٍ حتىٰ ارتدَّ بردِّ المديون ؛ بخلاف الطَّلاق ، فكذلك الكفالة تتمُّ بالواحد وترتدُّ بردِّ المكفول [له][٤].

---

[١] «ص» (لأنه لا يلزمه).

[٢] «أ» «ن» (يجيز) ، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (لما).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

دلَّ عليه: أنَّ الكفالة متىٰ صحَّت بطلت بإبراء[١] صاحب الدَّين، وانفسخت، ولو كان وقوعها لا يتمُّ إلَّا باثنين ما انفسخ إلَّا بهما جميعاً؛ لأنَّ الفسخ معتبرٌ بالعقد. وكذلك المريض لو قال في مرضه وصيَّةً[٢] لوارثه: «اضمن عنِّي[٣] دين فلانٍ الغائب له»، فضمنوا[٤] = صحَّ استحساناً، ولا فرق بين حال المرض والصحَّة.

واحتجَّ أبو يوسف أيضاً بحديث أبي قتادة في الميِّت الذي كان عليه درهمان[٥]، لأنَّه[٦] قال للنبي ﷺ: «هما عليَّ يا رسول الله»، فأجازه النَّبي ﷺ علىٰ ما روينا من قبل، وهذه[٧] كفالة لغائبٍ.

وأبو حنيفة ومحمَّد يقولان: إنَّ كلام الكفيل ينتظر العقد، فلا يتوقَّف علىٰ ما وراء المجلس؛ قياساً علىٰ شطر البيع.

وتحقيقه ما بيَّنا في كتاب النِّكاح: إذا تزوَّج رجلًا امرأة، هل يتوقَّف علىٰ إجازتها[٨] أم لا؟ وإنَّما يحتاج ههنا إلىٰ بيان أنَّه منتظرٌ العقد لا غير، فأبو يوسف زعم أنَّه عقدٌ تامٌّ؛ لأنَّه التزام فردَّه[٩].

---

[١] «أ» (وإبراء)، «ص» (وأبرئ)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» «ن» (وصيته)، والمثبت من «ص».
[٣] «ن» «أ» (غير).
[٤] «أ» «ن» (فضمنه)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (درهما)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» «ن» (أنه)، والمثبت من «ص».
[٧] «أ» (وكانت هذه).
[٨] «ن» (إجازتهما).
[٩] «أ» «ن» (فرد)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والدَّليل عليه: أنَّه عقد تمليكٍ كالإقراض والهبة والبيع، والتَّمليك لا يصحُّ إلَّا بين اثنين: مملِّك ومتملِّك؛ وكما لا يصحُّ إيجاب الملك على أحدٍ إلَّا بولايةٍ، فكذا لا يصحُّ إيجاب الملك لإنسانٍ إلَّا بولايةٍ، فإذا لم تكن له ولايةٌ على جانب المتملِّك بقي كلامه صحيحاً في جانبه لا غير؛ كما في النِّكاح، ولم يقم الواحد مقام شخصين إلَّا بالولايتين جميعاً على ما قرَّرنا.

والدَّليل على أنَّ في الكفالة تمليكًا ـ ما مرَّ ـ أنَّه يملكه مطالبةً بالمضمون لم يكن من قبل جديدةً مضمونةً إلى الأولى، وإنَّما سمَّينا الكفالة التزاما في حقِّ المضمون أنَّه لا يتغيَّر ولا يزداد في نفسه، وإذا كان كذلك اعتبر في حقِّ المضمون بالالتزامات فصحَّ مضافًا إلى حين الوجوب[١] للمكفول له بالتَّمليكات؛ لأنَّه يملك مطالبة لم تكن له.

ولا يلزم الإقرار؛ لأنَّه إخبارٌ، ومتى كان كاذبًا على الحقيقة لم يجب به ملكٌ جديد ولا شيء، فلم يكن في وصفه لتمليك شيءٍ؛ وبخلاف الإبراء؛ لأنَّه يتمُّ إسقاطًا.

ألا ترى أنَّه يصالح عليه مع الأجنبي، فيبرأ بلا أداءٍ، ولا يرتدُّ بردِّه، ولا ولاية للأجنبي عليه تمليكًا منه، فثبت أنَّه إبراء، وإنَّما معنى الملك فيه خفيٌّ[٢] إذا قصده بالإبراء، وجهة السُّقوط كان أغلب، وعليه يتمُّ، فلذلك[٣] صحَّ بالواحد، فأمَّا ههنا فجهة التَّمليك في جانب المكفول له، وفيما يجب له[٤] أغلب

---

[١] «ص» زيادة (ومع الجهالة وبأجل مجهول على ما مرَّ، واعتبر فيما يجب للمكفول).

[٢] «ص» (حتى).

[٣] «أ» (فكذلك).

[٤] «ص» (يجب عليه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

على ما بيَّنا.

وبخلاف الوكالات؛ فإنَّها تتمُّ إسقاطًا للحجر، وإطلاقًا للتَّصرف على الموكلين؛ لا تمليكًا.

ألا ترى أنَّ الوكيل لو تصرَّف قبل الأمر لم يلغ؛ بل توقَّف على إجازته، فإذا أجاز نفذ عليه؛ كما لو كان وكيلًا ابتداءً؛ لأنَّ الحجر والمانع زال بالإذن، فعملت العلَّة عملها، ولو كانت العلَّة المجوزة ثبتت[١] بالإذن لما صحَّ ما وجد قبل الإذن. كما لو باع شيئًا لا يملكه، ثمَّ اشتراه= لم يصحَّ ذلك البيع؛ لأنَّ علَّة النَّفاذ عليه ملكه، ولم يكن حين البيع. وكذلك عقد الوديعة يصحُّ بالواحد، ويتوقَّف على قبول الآخر؛ لأنَّه لا يملكه شيئًا بالإيداع؛ بل يستعين به على حفظه، ويطلق له إثبات اليد على الوديعة، فمن هذا الوجه هي[٢] وكالة من حيث يطلب منه الحفظ، فهي والوكالة بالبيع سواء، فإنَّ الأمر طلبٌ منه فعلًا، وما فيه تمليكٌ، ولا إلزام، فإنَّ المأمور إذا بلغه الخبر يخيَّر: إن شاء فعل، وإن شاء لم يفعل. وكان كرجلٍ[٣] استعان برجلٍ في عملٍ، فلا يكون فيه تمليك شيءٍ، ولا إيجاب، فلم يتعلَّق باثنين[٤].

وكان كمن سأل رجلًا أن يقرضه شيئًا أو يهب له، فإنَّ الطَّلب والسُّؤال كلَّه يصحُّ بالواحد؛ فكذلك قوله: «احفظ مالي» أو «خط ثوبي بغير شيء» ونحوه، فهي من جملة الأوامر والسُّؤال[٥] أو الإطلاق، وكلُّ ذلك ممَّا ينفرد به العاقل

---

[١] «أ» (تثبت).

[٢] «أ» «ن» (فهي)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (لرجل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (بالشَّيء)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (أو السؤال).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ويكون تامًّا منه ، إنَّما لا يتمُّ بالواحد التَّمليك الذي لا يتمُّ إلَّا بالمالك أو الالتزام الذي[1] لا يتمُّ إلَّا بالملتزم[2] ، فلا يتمُّ به إذا لم تكن له ولاية على الجانب الآخر.

وكذلك لو قال لآخر: «اضمن عني» ، وهو غائب= صحَّ منه ، وإذا[3] بلغه الخبر ، فضمن= رجع به على الآمر[4] ، فكذلك الأمر بالوديعة ، فإنَّ أكثر ما فيه [أنَّ][5] الحفظ يصير مضمونًا على المأمور ؛ فكأنَّه قال له: «اضمن لي حفظه» فيصحُّ ؛ لأنَّه أمر إطلاقٍ أو سؤالٍ ، وما فيه إلزامٌ ، ولا تمليكٌ ؛ وإنَّما اللُّزوم في إجابته بالحفظ له والقبول.

ولا تلزم الوصيَّة لرجلٍ بثلث ماله ، فإنَّ الملك يقع له بغير قبوله ، وتصحُّ بالواحد ، وهي تمليكٌ ؛ لأنَّ في الوصيَّة معنى الإرث ، فإنَّما تصحُّ على معنى إثبات سبب الخلافة للموصى له . كما لو أعتق عبدًا فيرثه بالولاء على ما بيَّنا في كتاب الوصايا ، وليس في إثبات سبب الخلافة له تمليكٌ ، ولا إيجاب عليه ؛ كما في النسب[6] والولاء[7] ، ثمَّ الملك يقع حكمًا ؛ كما للوارث ، لا بقصده ، فصحَّ منه ، وأشبه التَّمليك من جهته بوجهٍ[8] على ما عليه ظاهره ، فارتدَّ بردِّ الموصى له ، بخلاف الميراث.

---

[1] «ص» (إلا بالتمليك أو الإلزام التي).
[2] «أ» (إلا بالملك أو الإلزام إلا بالملتزم) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[3] «أ» (إذا).
[4] «ص» (الآخر).
[5] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».
[6] «ص» (السبب).
[7] «أ» (والولاد) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[8] «أ» «ن» (جهةٍ يوجب) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وإنَّما قدمنا شبه[١] الخلافة؛ لأنَّ ابتداء الوصيَّة يصحُّ ولا مال، وفي الانتهاء لا ينفذ إلَّا في مال؛ كالتَّمليكات.

وأمَّا الطَّلاق بمالٍ، فيصحُّ من الزَّوج وحده متوقِّفًا من حيث [إنَّه يمينٌ، لا من حيث][٢] إنَّه تمليكٌ، علىٰ ما بيَّنا في مسألة النِّكاح والطَّلاق وغير موضعٍ.

فأمَّا مسألة المريض فمن مشايخنا من يقول: إنَّه جائزٌ علىٰ سبيل الإيصاء بالقضاء عنه بعد موته، لا علىٰ سبيل الكفالة، حتىٰ لو مات، ولم يدَّع سببًا لم يلزم الوارث شيءٌ؛ إلَّا أنَّه سمَّاه استحسانًا، حيث جوَّزها بلفظ الكفالة، وإنَّما جعلها وصيَّة؛ لأنَّه[٣] أمر ذلك في خلال[٤] الوصايا، فدلَّت الحالة علىٰ الوصاية؛ كما إذا قال في خلال وصيَّته: ادفعوا إلىٰ فلانٍ كذا؛ كان وصيَّةً له، بخلاف حال الحياة.

ومنهم من يقول: يصحُّ؛ لأنَّ المريض يصير كالأجنبي عن ماله من وجهٍ إذا كان عليه دينٌ حتىٰ تقضىٰ عليه كثير من تصرُّفاته إلَّا أن يجيزه الغريم، وإذا كان كذلك صار أمره بالضَّمان بمنزلة قبوله، فتمَّ الضَّمان بقبوله عن الغائب[٥]، وهو في حكم الأجنبيِّ؛ إلَّا أنَّه سمَّاه استحسانًا؛ لأنَّه مالكٌ علىٰ الحقيقة، وليس بأجنبيٍّ، فلا يكون قبوله عن المكفول به صحيحًا قياسًا، وإنما استحسن تغليب جهة الأجانب بضيق حال تدارك المريض.

---

[١] «ص» (تثبيت).

[٢] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

[٣] «ن» (لا أنه).

[٤] «ص» (حال).

[٥] «أ» «ن» (الفائت)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وأمَّا حديث تفرُّد[١] المكفول له بالفسخ فليس بشيءٍ، فإنَّه إذا أبرأ الكفيل كان قطعًا لحكمه للحال لا ردًّا للكفالة من الأصل؛ كما إذا أبرأ الأصيل كان إسقاطًا للحال؛ لا ردًّا للسَّبب، على أنَّ الإبراء إن كان فسخًا فهو فسخٌ حكمًا لإسقاطه ما ثبت له؛ لأنَّ الكفالة لا تبقى بدونه، والإسقاط يتمُّ بالواحد، فأمَّا ابتداؤه فإنَّما يصحُّ تمليكًا، والتَّمليك لا يتمُّ بالواحد، فلذلك[٢] افترقا، وإنَّما يُعتبر الفسخ بالعقد إذا كان قصد إليه لا حكمًا لغيره، والله أعلم.

|١٤٣٠| مسألةٌ: إذا كفل بنفس رجل على أنَّه إن لم يواف به غدًا فهو ضامنٌ له ما على المكفول به= صحَّت الكفالتان، وإذا قال: «فإن لم يواف به، فالمال الذي لك عليه على رجلٍ ثالثٍ»، وقبِل الثَّالث= صحَّتا جميعًا أيضًا، وإذا قال: «فإن لم يواف به فالمال الذي لك على رجلٍ آخر على هذا الكفيل»، فالكفالة صحيحة عند أبي يوسف.

وعند محمَّد: الكفالة بالمال باطلةٌ.

لأنَّ المكفول عنه مختلفٌ، فلا يصحُّ بهذا الشَّرط، كما لو قال: «فإن لم يوافك[٣] به، فالمال الذي لزيد عليَّ وعليه» حتى[٤] كان المكفول عنه والمكفول له بالمال غير الأوَّلين؛ وهذا لأنَّه لما اختلف المكفول عنه لم تكن الكفالة الثَّانية بمنزلة الخلف عن الأولى؛ لأنَّها ليست عن[٥] الأوَّل، والخلف يقوم مقام

[١] «ن» (رد).
[٢] «أ» (فكذلك)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» (يواف)، «ص» (أوافك)، والمثبت من «ن».
[٤] «ص» (لزيد على عمرو وعمرو حي).
[٥] «أ» «ن» (غير)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الأصل[١]، فلا بدَّ أن يكون في محلٍّ حكم الأصل ليستقيم، وإذا لم يكن خلفًا بقي قوله: «فإن لم أوافك به» شرطًا محضًا، ولا يصحُّ تعليق الكفالة بالشُّروط المحضة علىٰ ما مرَّ.

فأمَّا إذا اختلف الكفيلان فمعنىٰ البدليَّة[٢] قائمٌ في حقِّ المكفول له والمكفول عنه؛ لأنَّ المضمون عنه هو ذلك المال الذي لأجله وقعت الكفالة بالنَّفس، والخلافة إنَّما تثبت لهذا المعنىٰ؛ لا لأنَّ بين المال والنَّفس مشابهةً ومعاوضةً، ولكن لمَّا كان المقصود بالنَّفس المال الذي ادَّعىٰ عليه استقام خلفًا عنه؛ كما استقام في الأداء، فإنَّ الكفيل بالنَّفس لو أدَّىٰ المال برئ عن الكفالة بالنَّفس، وأجبر الطَّالب علىٰ القبول؛ كما لو كفل بالمال.

وأبو يوسف يقول: إنَّ المكفول له متَّحدٌ في الكفالتين، فيصحُّ؛ كما لو اتَّحد المكفول عنه مع ذلك، واتَّحد الكفيل أو اختلف؛ لأنَّ معنىٰ الخلافة قائمٌ في حقِّ المكفول له، وهو الوصول إلىٰ الدَّين بسبب الكفالة الأولىٰ، فإنَّ منفعته بوصول دين عمرو إليه، وبوصول دين زيد إليه سواء، وينجبر بهذا المال ما فاته بعدم تسليم النَّفس.

فهذا الذي قاله أبو يوسف مستحسنٌ، واعتبارُ معنًىٰ، والذي قال محمَّد قياسٌ؛ فإنَّ الكفالة بالنُّفوس متىٰ أدِّيَ ما أوجب بها من تسليم النَّفس كان سببًا لوصوله إلىٰ الدَّين، وكان ذلك الدَّين ثمرة هذه الكفالة، فكان بينهما اتِّصالٌ، فأمَّا دينٌ علىٰ رجلٍ آخر فلا يمكن الوصول إليه بتسليم نفس الأوَّل، فلم يكن بينهما

[١] «ص» (الأول).

[٢] «ص» (التزامه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

اتِّصال، فلم يمكن أن يجعل ذلك المال خلفًا عن هذه الكفالة، ولا اتِّصال بينهما بوجهٍ.

إلَّا أنَّ أبا يوسف جعله خلفًا في حقِّ الطَّالب لانجبار حقِّه فيما يفوت بعدم[1] التَّسليم بهذا المال؛ كما يكون بذلك المال من حيث المعنى، وإن لم يتَّصل هذا المال بذلك الكفالة.

|١٤٣١| مسألةٌ: رجلٌ قال لآخر: «اضمن لفلانٍ ألف درهم» أو قال: «اقضه ألف درهم»، والآمر مقرٌّ بأنَّ الألف عليه، ففَعَل المأمور= لم يرجع عليه عند أبي حنيفة ومحمَّد؛ إلَّا أن يكون المأمور خليطًا للآمر، أو شريكًا، أو ممَّن يدخل في عياله؛ فيرجع بالمال على الآمر استحسانًا، والخليطِ الذي يكون بينهما أخذٌ وإعطاءٌ.

وقال أبو يوسف آخرًا: يرجع؛ كما لو قال: «اقضه عني» أو «اضمن عني».

وكذلك إذا لم يكن مقرًّا بالمال ـ والمسألة بحالها ـ لم يرجع على الآمر بشيءٍ.

وعند أبي يوسف: يرجع.

لأنَّ الآمر بالضَّمان أمرَ بضمانٍ يصحُّ من جهته، وكذلك القضاء، ولا يصحُّ من جهته إلَّا أن يكون الأداء عنه، والمأمور نائبٌ عنه، فصار كأنَّه قال: «اقض عني».

دليله: ما إذا كان المأمور خليطًا، له أو شريكًا، أو ممَّن يدخل في عياله.

---

[1] «ص» (بعد).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولهما: أنَّ الأمر يتحقَّق أمرًا بالقضاء من غير استقراضٍ، فإنَّ قضاء الدَّين كما يصحُّ بمال من عليه الدَّين يصحُّ بمال غيره، فلا يتضمَّن الأمر بالقضاء أن يصير المال للآمر، والمأمور نائبًا عنه؛ فيبقىٰ حكمه علىٰ ما لو قال: «تبرع عني بقضاء الدَّين، واقض بمالك» فيصير سؤالًا؛ كقول الرجل: «اللهم اغفر لي»، وقول السَّائل: «أعطني شيئًا» علىٰ هذا موضوع اللُّغة؛ لأنَّ الأمر إنَّما يتمُّ أمرًا علىٰ حقيقته من صاحب الولاية. ألا ترىٰ أنَّا متىٰ جعلناه أمرًا بالضَّمان عنه[١] كان سؤالًا [أيضا][٢] حتىٰ إذا أجابه[٣] صحَّ؛ وإلَّا فلا، وإذا كان لا يصحُّ في الحالين إلَّا سؤالًا عنه كان ابتداؤه سؤالًا؛ لا توكيلًا وضعًا، فلا يزيد[٤] علىٰ المنصوص عليه سؤال[٥] الاستقراض إلَّا بدلالةٍ زائدةٍ؛ إلَّا أن يكون المأمور ممَّن تعيَّن للاستقراض منه بمعنىً سابقٍ علىٰ الأمر؛ من خلطةٍ أو شركةٍ أو بسكن معه في عياله، فيزيد بتلك الدَّلالة معنىٰ الاستقراض. وكذلك إذا لم يكن أقرَّ بالمال للمكفول له لا يكون هذا الأمر إقرارًا علىٰ قولهما ـ لما ذكرنا ـ: أنَّه سؤال تمليكٍ مبتدإٍ من مال المأمور؛ لا سؤال نيابةٍ عنه، فلا يتضمَّن إقرارًا بالمال علىٰ نفسه، والله أعلم.

|١٤٣٢| **مسألةٌ:** المحتال عليه إذا مات مفلسًا رجع المال علىٰ الأَصيل عندنا.

---

[١] «أ» «ن» (عندهم)، والمثبت من «ص».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (جاء به)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» (يرتد).

[٥] «ن» (سوا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وقال الشَّافعي: لا يرجع(١).

لقوله ﷺ: «من أحيل على مليء فليتبع»(٢). ولم يوقِّت.

والمعنى [فيه][٣]: أنَّ الحوالة توجب براءة الأصيل مطلقةً.

بدليل: أنها[٤] لا تبقى عليه ـ بسبب الدَّين ـ مطالبة بوجهٍ؛ لا بعينه، ولا ببدله، فلا يعود الدَّين إليه لعدم السَّلامة لصاحبه.

دليله: الغاصب، وغاصب الغاصب؛ فإنَّ المغضوب منه بالخيار: إن شاء ضمَّن الأوَّل، وإن شاء ضمَّن الثَّاني، فإن ضمَّن الثَّاني برئ الأوَّل، فإن توي المال على الثَّاني لم يعد إلى الأوَّل؛ لأنَّه برئ بهذه الحوالة براءة مطلقةً.

وكذلك المولى إذا باع عبده وعليه دين استهلاك، وسلَّم العبد، وغاب المشتري بالعبد= فإنَّ الغريم بالخيار: إن شاء ضمَّن المولى، وإن شاء انتظر حضور العبد وعتقه ليطالبه به؛ فإن الأصل على العبد، فلو ضمَّن المولى لم يبق له على العبد سبيل، وإن عتق وتوي على المولى[٥].

وكذلك قلتم أنتم في المولى إذا أذن لعبده في التِّجارة، فلحقه دينٌ مؤجَّل، فباعه المولى= فإنَّه يصحُّ، فلو حلَّ الأجل غرم المولى على أصلكم، فإن اختار

(١) انظر: «الوسيط في المذهب» (٣/٢٢٣)، و«العزيز شرح الوجيز» (٥/١٣٢).

(٢) رواه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ قال: «مطل الغني ظلم، فإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (أن)، «ن» (أنه)، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (المال)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الطَّالب ضمان المولىٰ برئ العبد، ثمَّ لا يعود إليه توي ما علىٰ المولىٰ أو لم يتو، وكذلك إن أعتق العبد، والمسألة في المأذون.

وهذا بخلاف ما إذا صالح الغريم علىٰ شيءٍ عن الدَّين، ثمَّ هلك ذلك الشَّيء قبل التَّسليم إليه= فإنَّ الدَّين يعود؛ لأنَّ البراءة ليست بمطلقةٍ؛ بل ببدلٍ قائمٍ مقام الدَّين علىٰ سبيل المعاوضة. ألا ترىٰ أنَّه يطالب بالبدل للحال؛ وهذا لأنَّه لما كان علىٰ سبيل المعاوضة لم يسلم له البراءة عن الدَّين إلَّا بسلامة العوض للأمر؛ كالبيع سواء، وإذا لم تكن معاوضةً لم تقف علىٰ السَّلامة علىٰ ما ذكرنا، وكانت[١] بمنزلة الإبراء المحض؛ لأنَّ المحتال عليه ليس ببدلٍ عن الدَّين[٢] كالغاصب الثَّاني، فإذا كان كذلك صار الأصل بريئًا عن الدَّين بلا خلفٍ، وكانت براءةً مطلقةً ثابتةً من كلِّ وجهٍ، فلا يُعتبر لصحَّتها سلامة الذي أبرأه، ولم يعتض بشيءٍ[٣].

وكذلك البائع لو احتال بالثَّمن علىٰ رجلٍ آخر، لم يبق له حقُّ الحبس بالثَّمن؛ كما لو أبرأه، ولو صالحه عن الثَّمن علىٰ شيءٍ آخر حبس المبيع حتىٰ يسلم إليه بدل الصُّلح.

ولهذا قال بعض مشايخنا: إنَّ المحيل لو جاء بالدَّين لم يجبر صاحب الدَّين علىٰ القبول منه؛ كما لو جاء به أجنبيٌّ متبرعٌ؛ لأنَّ البراءة تمَّت في حقِّه، وكالغاصب الأوَّل لو جاء بالضَّمان بعد ما اختار المالك تضمين الثَّاني= لم يجبر

[١] «أ» «ن» (وكان)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (ببدله عن العين).
[٣] «أ» (ولم يقبض شيء)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الثَّاني علىٰ القبول.

ومنهم من يقول: يجبر علىٰ القبول، وليس بقدحٍ؛ لأنَّ المحتال عليه متىٰ أدَّىٰ رجع بالمال علىٰ الأصيل، وكذلك لو تناقضا الحوالة قصدًا عاد الدَّين إليه، فلم تكن البراءة قائمة[١]، فأمكنه الرَّدُّ بالإيفاء من قبله؛ كصاحب الدَّين إذا أبرأ المديون، فإنَّ البراءة تثبت مطلقةً غير موقوفةٍ صحَّتها علىٰ سلامة شيءٍ له، فالمديون إذا ردَّه ارتدَّ؛ لأنَّه لم يتم بعد، وكذلك لو لم يصرِّح بالرَّدِّ[٢] ـ ولكن جاء بالدَّين يقضيه ـ أجبر صاحبه علىٰ القبول، وكان أداءً[٣]، فكذلك البراءة في جانب الأصل غير تامَّة؛ لأنَّ المحتال عليه يرجع عليه بالمال إذا أدَّىٰ، فكان له إبطالها بنقد المال من قِبله.

ولأنَّ الحوالة بمنزلة القبض من الأصل، ثمَّ إقراض الحويل، بدليل أنَّ البائع له حقُّ حبس المبيع بالثَّمن للحال فجاز، وإذا أحاله المشتري[٤] بالثَّمن سقط حقُّ الحبس، وإن لم يتأخَّر قبض الثَّمن، وهو حالٌّ كذلك، فعلم أنَّه سقط بوجود القبض حكمًا؛ ولأنَّ الذمَّة الأولىٰ برئت، وحقُّ الطَّالب قائمٌ، ولن تتصوَّر البراءة مع قيام حقِّه إلَّا بالقبض. ألا ترىٰ أنَّه لا يبرأ بالكفالة، ولا يبرأ بالصُّلح علىٰ مالٍ آخر.

ولا معنىٰ لقولكم: إنَّ البراءة تثبت بالنَّقل عن ذمَّة إلىٰ ذمَّة؛ لأنَّ النَّقل لا يتصوَّر إلَّا بمنقولٍ، وليس في الذمَّة شيءٌ موجودٌ يقبل النَّقل؛ إنَّما هو وصفٌ من

---

[١] «ص» (تامة).

[٢] «ن» (بالدين).

[٣] «ص» (ردا).

[٤] «أ» «ن» (أحال)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

اشتغال الذمَّة بالحقِّ، والأوصاف لا تزايل الموصوف، ولا تقبل النَّقل.

[ألا ترىٰ أنَّ المالك لو أراد أن ينقل ملكه في الدَّين إلىٰ غيره لم يصحَّ؛ لأنَّه وصفٌ، وكان كبيع طرفٍ من العبد، وكذلك لا يقبل[1] المملوك][2].

ألا ترىٰ أنَّ العين لمَّا قبِل النَّقل من مكانٍ إلىٰ مكانٍ قبِل نقل الملك فيه إلىٰ مالكٍ آخر.

ولا يلزم الحوالة في باب الصَّرف، فإنَّ العقد لا يتمُّ بالحوالة؛ لأنَّ هذا قبضٌ حكمي بالذمَّة، وإنه لا يكفي في باب الصَّرف؛ كما إذا جعلا بدل الصَّرف قصاصًا بدينٍ وجب بعد العقد حكمًا، ولو كان دينًا غير صرفٍ التقيا قصاصًا، فكان قبضًا.

ولنا: أنَّ هذه براءةٌ بانتقال الحقِّ لا بسقوطه، فيكون عدم السَّلامة للطَّالب من المنتقل إليه سببًا لفسخ هذا الانتقال والبراءة؛ كما إذا صالح عن الدين علىٰ عين، فهلك قبل التَّسليم إليه، فإنَّ الحقَّ يعود.

والدَّليل علىٰ أنَّ البراءة بسبب الانتقال: أنَّ الحوالة شُرعت للنَّقل من ذمَّة إلىٰ ذمَّةٍ، مأخوذ من حوالة الفراش من موضعٍ إلىٰ موضعٍ، وتحويل العين من مكانٍ إلىٰ مكانٍ؛ وكالكفالة شُرعت للضمِّ، فأوجب ضمَّ ذمَّة إلىٰ ذمَّة التزامًا.

ولأنَّ الدَّين بعينه ثبت بالحوالة علىٰ الحويل؛ بدليل أنَّه لم يبق علىٰ الأصيل[3]، والشَّيء لا يتصوَّر بعينه في مكانٍ غير الأوَّل إلَّا بانتقالٍ إليه.

---

[1] «ص» (لا يملك نقل).

[2] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[3] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والدَّليل علىٰ أنَّه ذلك الدَّين بعينه: أنَّه لو كان سلمًا لم يملك الطَّالب الاستبدال به، ولو كان غيره لملك، وكذلك الحوالة ببدل الصَّرف تجوز، ولا يصحُّ الاستبدال به قبل القبض، فثبت أنَّه عينه لا غيره حكمًا، وكذلك بعد الحوالة لو تفرَّقا قبل القبض بطل، فثبت أنَّه لا قبض فيها[١]؛ كما لا يصير قصاصًا بدينٍ وجب بعد العقد حكمًا؛ لأنَّه لا يكتفىٰ بمثله قصاصًا[٢]، فينعدم القبض، فكذلك ههنا ينعدم.

ولأنَّ الحوالة لو جعلت ما علىٰ الحويل دينًا آخر ـ بحكم القرض ـ لما جاز ببدل الصَّرف، مع قولهم: إنَّ بدل الصَّرف لم يقبض بالحوالة؛ لأنَّه يصير دينًا آخر، فيصير استبدالًا، وإنَّه لا يجوز.

ولأنَّ الذِّمم خُلقت محلًّا لاستيجاب[٣] الحقوق لا الأداء، وإنَّما الأداء يكون بالأركان في البدنيات، وبالأموال العين في الماليَّات إلىٰ الأيدي، والحوالة عقد [علىٰ][٤] الذمَّة، فثبت أنَّها للإيجاب؛ كالبيع في حقِّ الثَّمن، وإنَّها لا توجب دينًا آخر، فثبت أنَّها توجب من حيث النَّقل إليها.

ولا يلزم الدَّينان يلتقيان قصاصًا، فيصير القبض بالذِّمم؛ لأنَّ القبض لا يثبت بوجوب[٥] مثل الدَّين للمديون علىٰ الطَّالب؛ بل يثبت بعد الوجوب بين الواجبين؛ لأنَّ القبض لا يفيد، فلا يُشتغل به، لا لأنَّه قبض فيه بعينه حتىٰ إذا

[١] «أ» «ن» (لا يقتضىٰ)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (قبضا).

[٣] «ص» (لاستيجاز).

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «أ» (يوجب)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كان بدل[١] صرف ــ وكان القبض شرطًا لتتمَّة العقد ــ لم يصر قصاصًا ؛ لأنَّه لا قبض فيه .

فثبت أنَّ البراءة [براءة][٢] انتقالٌ ؛ كما في الصُّلح ؛ إلَّا أنَّ في الصُّلح انتقالاً من دراهم إلىٰ ثوبٍ ، وههنا انتقال الدَّراهم عن ذمَّة إلىٰ ذمَّةٍ ، ثمَّ فوت السَّلامة عن الثَّوب كان سببًا للفسخ ، فليكن [الصُّلح][٣] ههنا كذلك ؛ لمعنىً مؤثِّر وهو : أنَّ الطَّالب ما رضي ببراءةٍ مطلقةٍ ؛ بل بشرط وصوله إلىٰ الحقِّ من المنتقل إليه ، فإذا فاتت السَّلامة بغير شرط البراءة بطلت[٤] ؛ لأنَّها في الجملة تحتمل النَّقض[٥] .

كما إذا كان له ألف مؤجَّلة فصالحه علىٰ خمسمائةٍ يعجلها اليوم ، فلم يعجِّل= بطل الصُّلح ــ وإن كان إبراءً ــ ؛ لأنَّه كان شرَط له فيه فائدةٌ ، فثبت أنَّه بمنزلة الصُّلح علىٰ ثوب الذي يحتمل الفسخ .

وكذلك لو تناقضا الحوالة ــ بعد تمامها ــ انتقضت ؛ بخلاف البراءة المطلقة ــ إذا تمَّت بالقبول ــ لم تحتمل النَّقض[٦] .

❁ فإن قِيلَ : الصُّلح مبادلةٌ من الجانبين جميعًا ؛ بدليل أنَّه بقي للطَّالب بعد الصُّلح مطالبةٌ بالحقِّ ، وكذلك بقي علىٰ المطلوب تسليم الحقِّ ؛ لكن بدلًا عن

---

[١] «ص» (قبض شيء إذا كان بدل) .

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص» .

[٤] «أ» «ن» (فبطلت) ، والمثبت من «ص» .

[٥] «ن» (البعض) .

[٦] «ن» (البعض) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الأوَّل، فتغيَّر حكم الأصل إلىٰ حكم البدل في الجانبين جميعًا.

فأمَّا الحوالة فبراءةٌ تامَّة في حقِّ المطلوب؛ لأنَّه لم يبق عليه شيءٌ للطَّالب أصلًا، وليس ببراءة عن أصل الحقِّ في حقِّ الطَّالب؛ لأنَّ حقَّه باقٍ كما ذكرنا، فيُعتبر في حقِّ المطلوب ببراءة مطلقةٍ، وفي حقِّ الطَّالب بمالٍ قائمٍ في الذمَّة، لا براءة عنها حيث انتقل إليها؛ لأنَّه أصلٌ بنفسه فيها، وليس ببدلٍ، فيكون منها[١] وإن أفلس، كما يكون في الذمَّة الأولىٰ.

ولأنَّه ما تبدَّل إلا مكان الواجب، وأحكام الواجب متعلِّقةٌ بالواجب لا بمكانه، فلا يتغيَّر بالمكان شيءٌ.

۞ قُلنَا: إنَّ الذمَّة ـ وإن كانت مكان المال ـ فهي في حكم محلٍّ لذلك[٢] الدَّين، كالعين محلٌّ لملك العين؛ لأنَّه لا مال في الذمَّة يُشار إليه، فتكون الذمَّة ظرفًا للمال المملوك؛ كالكيس للعين، وبالإجماع: المال مملوكٌ قبل القبض، وتجب فيه الزكاة= عُلم أنَّ الذمَّة صارت بمنزلة المملوكة مالًا حكمًا.

هذا كالمرأة تزوِّج نفسها، تصير بمنزلة المملوكة نكاحًا ـ وإن كانت حرَّةً مالكةً ـ؛ لأنَّ النِّكاح عقد تمليكٍ، ولم يملك منافعها، فصار العين المستَحَلُّ منها في حكم المملوك للزَّوج، وكذلك الذمَّة في حقِّ الدُّيون؛ لأنَّ الملك لا بدَّ له من مملوكٍ، ولا محلَّ غير الذمَّة؛ إذ ليس فيها مالٌ قائمٌ، والذمَّة[٣] ظرفٌ.

ولهذا لا يجب الدَّين علىٰ العبد إلَّا وشخصه مستحقٌّ بذلك الدَّين من حيث

---

[١] «أ» «ن» (فيها)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (ملك).
[٣] «ص» (والرقبة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

التَّعليق بماليَّة الشَّخص.

وكذلك دين الحرِّ إذا قتل ـ ووجبت بها الديَّة ـ تعلَّق بها الدَّين؛ كما يتعلَّق بالرَّهن، والذمَّة الثَّانية خلفٌ عن الذمَّة الأولىٰ، وقد حلَّت محلَّ المال المملوك، فصارت المبادلة بين الذمَّتين كمبادلة الدَّين بعين[١] في حقِّ صاحب الدَّين والمحتال عليه، وإذا[٢] اعتبر بدلًا في حقِّه اعتبرت السَّلامة في حقِّه لبقاء المبادلة علىٰ ما ذكرنا، وتغيِّر حكم الأصل في حقِّ الذمَّة إلىٰ حكم البدل، ومن حيث لا مبادلة بأصل الحقِّ صارت الحوالة بالسَّلم، وبدل الصَّرف.

والانتقاض حكمٌ ثابتٌ في العقد بين المتعاقدين لا في حقِّ الواجب، فانعدام المبادلة في حقِّ الواجب لا يضرُّنا؛ لأنَّا نستغني بنقض[٣] العقد، وتبديل المحلِّ لا لتبديل الواجب؛ إلَّا أنَّ الصُّلح يبقي المطالبة علىٰ الأوَّل؛ لأنَّ الذمَّة لم تتبدَّل، ووقعت البراءة عن الدَّراهم؛ لأنَّ الحقَّ تبدَّل، وههنا بقيت المطالبة بالدَّراهم، ولم تبق مثل الذمَّة الأولىٰ، فكانت البراءة ثابتة في البابين عن الذي انتقل عنه إلىٰ الذي انتقل إليه، والمطالبة قائمةٌ بما انتقل إليه، فثبت أنَّه لا فرق بينهما في حكم البراءة، والبقاء بقدر ما ثبت من المبادلة[٤].

وهذا بخلاف عين ينقل[٥] من مكانٍ إلىٰ مكانٍ، فإنَّه يبقىٰ علىٰ ما كان؛ لأنَّ المكان ظرفٌ للمال المملوك، وليس في حكم المملوك، فلا يتغيَّر حكم المملوك

---

[١] «ص» (تعلق).
[٢] «أ» (إذا).
[٣] «أ» «ن» (نبقىٰ لنقض)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» (المطالبة)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «أ» (منتقل إليه)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بتغيُّر المكان ؛ كما قاله الخصم ههنا ، فهذا سرُّ المسألة .

ولأنا وإن سلَّمنا أنَّه إبراء ، فإذا كان شرط السَّلامة من الحويل ينتقض بفوت الشَّرط ؛ كما ذكرنا فيما إذا صالح عن ألفٍ مؤجَّل علىٰ خمسمائةٍ يعجِّلها اليوم .

وهذا بخلاف ضمان الغصب علىٰ الغاصب ، وغاصب الغاصب ؛ لأن الضمان بدل المغصوب ، والمغصوب واحدٌ ، فكان البدل واحدًا ؛ لأنَّ السَّبب وجد منهما ؛ فقيل له : «لك[١] ضمانٌ واحدٌ علىٰ أيِّهما شئت[٢]» ، فإذا اختار تعيَّن ، وكان الواجب عليه بدلًا عن المغصوب ؛ لا عن الواجب علىٰ الأوَّل ؛ ليعود إليه إذا توي علىٰ هذا .

وكذلك ضمان الغريم قِبل المولىٰ[٣] والعبد ضمان دينه ، لا غير ؛ لكنَّه يثبت عند[٤] رجلين لوجود سبب الضَّمان منهما علىٰ أن يختار أيَّهما شاء ؛ لأنَّ [الواجب][٥] الواحد لا يثبت في مكانين ، وإذا اختار كان تعيينًا لمن وجب عليه ، لا أن يكون أحدهما بدلًا عن الآخر ؛ كضمان الغصب سواء .

وأمَّا حقُّ الحبس للبائع يبطل بالحوالة ؛ لأنَّه لم يبق له مطالبةٌ قِبل المشتري ، فصار كأنَّه أجَّله في حقِّه ، فبطل الحبس ، وإن بقىٰ الثَّمن غير مقبوضٍ ؛ لأنَّه لا مطالبة ، وبالصُّلح لا يبرأ عن المطالبة ، والحبس في مقابلة المطالبة لا أصل الدَّين .

---

[١] «أ» (ذلك) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٢] «ن» (أنهما سبب) .

[٣] «أ» (الولي) .

[٤] «ص» (عبد) .

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

وأمَّا الجواب عن البراءة: فإنَّ البراءة مرَّةً بالقبض، ومرَّةً بالإبراء، ومرَّةً بالانتقال إلىٰ ذمَّةٍ أخرىٰ؛ لأنَّ الشَّيء إذا نُقل عن مكانٍ إلىٰ مكانٍ فرغ الأوَّل، وأمَّا الكفالة فضمٌّ، وليس بنقلٍ، وبالضَّمِّ إلىٰ الأوَّل لا يفرغ الأوَّل.

وأمَّا قوله: «إنَّ النَّقل لا يتصوَّر» فضعيفٌ؛ لأنَّه لا مال، والمال كما احتمل الإيجاب احتمل النَّقل احتمالًا علىٰ السَّواء، ثمَّ بكونه دينًا لا يُشار إليه لم يمتنع ثبوته، فلم يمتنع نقله[١].

ألا ترىٰ أنَّه يورث؛ إلَّا أنَّه يصحُّ[٢] تمليكه من غير من عليه؛ لأنَّ الهبة لا تصحُّ إلَّا بعد القبض لو تعيَّن، فكذلك الدَّين، وإذا قبض صحَّ، فأمَّا المعاوضة فتوجب العوض علىٰ العاقد، ولو تعلَّق بالدَّين لصار علىٰ غيره، فيكون خلاف موجبه، فلا يملك بغير[٣] موجبه بالشَّرط، فيفسد الشَّرط، علىٰ أنَّا جعلنا الذمَّة بمنزلة المملوكة مالًا إذا وجب فيها دينٌ حكمًا، ولو كانت مالًا مملوكًا قبل نقل ذلك الملك إلىٰ ملك مالٍ[٤] آخر بالمعاقدة، فكذلك هذا بالحوالة أيضًا.

فالخصم يتشبث بظاهر اسم الحوالة، فإنَّها نقلٌ محضٌ، وبالنَّقل عن مكانٍ إلىٰ مكانٍ لا يثبت للمنقول حكم المطالبة؛ بل يبقىٰ علىٰ ما كان قبل النَّقل، وإنَّما يتبدَّل مكان الأخذ منه لا غير.

ونحن تشبَّثنا بمعنًى تحت الحوالة، وهو المبادلة في حقِّ الذمَّة، فإنَّ الثَّاني

---

[١] «أ» «ن» (بعلَّة)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (لا يصح).
[٣] «ص» (تغيير).
[٤] «ص» (قبل ذلك المكان المنتقل إلىٰ مال).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

خلفٌ عن الأوّل لا محالة، ثمَّ كينونة المكان إذا كان ذمَّةً في حكم المملوك الدَّاخل تحت الحوالة قياسًا[1] بالحوالة مبادلةً لا يبنى عنها ظاهرها، وبنى مكان[2] الحقِّ مبادلةً لا يتصوَّر ذلك في الأعيان، فكانا أمرين باطنين، فأمَّا حديث القبض فضعيفٌ للخصم ما له تحقيق.

وأمَّا خبر النَّبي ﷺ ففيه أمرٌ بالاتِّباع لا بالبقاء، وما يوجب حكمًا لا يوجب البقاء عليه، على ما عُرف أنَّ: علل الوجود غير علل البقاء؛ ولأنَّه أمر به حين الإحالة وبالإجماع لا يجب؛ ولكن يُستحبُّ، وإنَّه علَّق الأمر بالحوالة والملاء[3]، والخلاف حال الإفلاس، والله أعلم.

|١٤٣٣| مسألةٌ: إذا كفل بنفس رجلٍ على أنَّه إن لم يواف به غدًا، فعليه ألف درهم، فلم يوافه = لزمه الألف عند أبي حنيفة، وآخر قولي أبي يوسف.

وقال محمَّد: لا يلزمه إذا أنكر أن لا مال له على المكفول عنه.

لأنَّه التزم ألفًا غير موصوفٍ[4] بأنَّها للطَّالب على الأصيل[5]، فإنَّها تحتمل ألفًا ابتداءً، وألفًا له عليه، فلا يلزمه بالشَّك؛ كما إذا قال للبائع: «بع عبدك من فلانٍ بألفٍ، ولك عليَّ خمسمائة»، لا يلزم هذا الشَّارط شيءٌ لهذا المعنى.

[1] «ص» (تحت المبادلة، وأثبتنا..).
[2] «ص» (وبين مكاني).
[3] «ص» (الأمر بالملاء).
[4] «ص» (موصولة).
[5] «أ» «ن» (الأصل)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأبي حنيفة: أنَّ قوله: «فإن [لم][1] أوافك به فلك عليَّ ألف» ليس بالتزام مبتدإٍ؛ ولكنَّه بناءٌ على الأوَّل على ما مرَّ، فدلَّ أنَّه في حكم المبنيِّ عليه، وهو التزام عن فلانٍ، فصار كأنَّه قال: «فلك عليَّ ألف عنه».

وأمَّا مسألة الشِّراء فإنَّما الشَّارط ابتداءً على نفسه التزامًا به، واحتمل من الثَّمن بالعطف عليه، واحتمل ابتداءً بالشَّرط على غير المشتري والمتملِّك، فإنَّ الوجوب على غيره خلاف الظَّاهر، فاستويا فلم يجب بالشَّكِّ.

|١٤٣٤| **مسألةٌ**: إذا قال الأصيل[2] للكفيل: «برئت» كان إقرارًا بالاستيفاء منه عند أبي يوسف.

وعند محمَّد: لا [يكون][3].

لأنَّ «برئت» [فعلٌ][3] ملازمٌ من الإبراء، فثبت من ذلك الطَّريق؛ كأنَّه قال: «برئت بالإبراء»؛ فلا يلزمه شيء.

وأبو يوسف يقول: «برئت» فعلٌ ملازمٌ، فيقتضي براءةً من جهته، حتى يكون فاعلًا للبراءة؛ كقول الآخر: «جلست»، فإنَّه يقتضي جلوسًا من قِبله، والبراءة من قِبله لا تكون إلَّا بالإيفاء.

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «أ» «ن» (الطَّالب)، والمثبت من «ص».
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٤٣٥| مسألةٌ: الغريم إذا أبرأ الميِّت عن الدَّين، فردَّ الوارث= صحَّ عند أبي يوسف.

وقال محمَّد: لا يصحُّ.

لأنَّ الدَّين على الميِّت دون الوارث، وإنَّما هو ينوب عنه في الأداء، فلا يصحُّ ردُّه؛ كما لا يصحُّ ردُّ الوكيل بقضاء الدَّين عن رجلٍ آخر.

وكذلك إذا أبرأ الأصيل لم يرتدَّ بردِّ الكفيل، والكفيل عليه هذا الدَّين أو في حكمه، وهو أقرب إلى الأصيل من الوارث.

ولأبي يوسف: أنَّ الإبراء يحتمل الرَّد من الأصيل؛ لأنَّه يوجب حكم الملك في الدَّين لولَاه لما احتمل؛ كالطَّلاق والعتاق، وإذا كان كذلك قام الوارث مقامه بعد موته فيما كان يقع له من الملك لو كان حيًّا.

كما في دينه لو قتل؛ حتى صحَّ إبراء الوارث للقاتل عن القطع، وما يحدث منه في حال حياة المجروح إذا مات عنه؛ لأنَّ الدية تجب بعد الموت، والورثة هم المتملِّكون على الحقيقة؛ لأنَّ الميِّت ليس بأهلٍ له، فثبت الملك للخليفة[١]؛ كما تبقى أملاكه على الخليفة[٢]، وهو الوارث. ألا ترى أنَّ فائدة البراءة[٣] تعود إليهم، فإنَّ البراءة متى صحَّت لم يستحقَّ عليهم قدر الدَّين من التَّركة، ومتى لم تصح استحقَّ عليهم، لا تظهر على غيرهم فائدة هذه البراءة بوجهٍ، فثبت أنَّهم بمنزلة من عليه الدَّين في هذه الحالة، فيصحُّ ردُّهم؛ كما كان يصحُّ ردُّ الميِّت.

[١] «ص» (للحقيقة).

[٢] «ص» (الحقيقة).

[٣] «أ» (البرء)، وليست في «ن»، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

بخلاف الكفيل ؛ لأنَّه لم يقم مقام الأصيل فيما يقع له من الملك ؛ بل الملك يقع للأصيل ؛ لأنَّه من أهله دون الكفيل ؛ لأنَّه كانت عليه المطالبة لا غير[١] على ما مرَّ.

وكذلك المأمور بقضاء الدَّين هو أبعد من الكفيل ؛ لأنَّ فائدة إبراء الأصيل تعود إلى الأصيل ، فتبرأ ذمَّته ، ويسلَّم له ماله ، والكفيل تبعٌ فيه مضمومٌ إليه ، فلم يجز ردُّه ، وفيه إضرارٌ بالأصيل بأن يبقى عليه الدَّين ، ويؤخذ[٢] ماله بسببه.

فمحمَّد اعتبر الحقيقة في هذا الباب ، وأبو يوسف اعتبر الحال.

ولمحمَّد شبهة: فإنَّا لو صحَّحنا ردَّ الوارث لبقي الميِّت مطالبًا بالدَّين في الآخرة إذا ردَّه الوارث ، ثمَّ لم يقضه الدَّين ، ولم يطلبه الغريم.

والجواب عن هذا: أنَّ أحكام الدُّنيا لا تبنى على فوائد الآخرة ؛ بل على فوائد الدُّنيا.

❖ فإن قِيلَ: إنَّ ملك الدَّين متى ثبت للميِّت بالإبراء لم يحتمل البقاء ، والانتقال إلى الورثة ، فلا يقوم الورثة فيه مقامه ؛ كملك المنفعة[٣] والنِّكاح ، وما لا يبقى بعد الموت.

❁ قُلنَا: ملك الدَّين ملك مال ، وإنَّه في نفسه يحتمل الإرث ؛ إلا أنَّه إذا أبرأ عن الميِّت حال الحياة لم يورث للسُّقوط كالعين إذا هلك[٤] ؛ لأنَّ المحلَّ لا

[١] «ص» (دون الدين).
[٢] «ص» (ويوجد).
[٣] «أ» «ن» (المتعة) ، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (ملك) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يقبل الإرث ؛ بل للحال[١] ، فإذا كان بعد الموت[٢] ، والملك لو وقع لوقع لهم في الحال من غير انتقالٍ ، على ما عُرف في مسائل الورثة ؛ أشبه حال ما لا يسقط منه ، وهو الهبة للمريض بعد القبض منه ، فأمَّا المنافع فغير قابلةٍ بنفسها البقاء زمانين ، والانتقال من شخصٍ إلى شخصٍ في حالين ، فلم تكن قابلةً للإرث.

وكذلك ملك النِّكاح في نفسه لا يقبل النقل من ملكٍ إلى ملكٍ[٣] ، وإن كان ممَّا يبقى زمانين ، والله أعلم.

|١٤٣٦| مسألةٌ: إذا كفل بمالٍ حالٍّ على رجلٍ بشرط الأجل إلى شهرٍ= ثبت الأجل للكفيل عندنا.

وقال زفر: لا يثبت.

لأنَّ الأجل دخل فيها على الكفيل دون الأصيل[٤] ؛ كما لو أجَّل بعد الكفالة ، ولا يُقال حين العقد: الضَّمان واجبٌ على الأصيل ؛ لأنَّه لا شيء يحتمل الأجل على الأصيل ؛ لأنَّه ليس شيءٌ على الكفيل قبل عقد الكفالة ؛ وإنَّما يجب لأنَّ الأجل ينصرف إلى الضَّمان الذي يجب بالكفالة ، فإنَّ الشِّراء بثمنٍ إلى شهرٍ صحيحٌ ، وينصرف الأجل إلى ثمنٍ يجب بالشِّراء ، فكذا ههنا ينصرف إلى ضمانٍ يجب بالكفالة.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّه أضاف الأجل إلى المال الذي على الأصيل فقال: «كفلت

[١] «ص» زيادة (وهو كان في الذمة).
[٢] «ص» (الملك).
[٣] «ص» (مالك إلى مالك).
[٤] «ص» زيادة (فيحضر).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بمالك على الأصيل إلى شهر» ، فجعل نفس المال مؤجَّلًا ، وبالكفالة لا يحدث مالٌ آخر إن حدثت مطالبة أخرى ؛ بل المال واحدٌ في الحالين ، وهو على الأصيل فتأجَّل ، وكذلك بعد الكفالة لو أجَّل أصل الدَّين [بأجلٍ على الأصيل][1] ؛ إنَّما لا يتأجَّل ما عليه إذا أجَّل الكفيل ما عليه من المطالبة ، والله أعلم.

تمَّ كتاب الكفالة بحمد الله تعالى وعونه وحسن توفيقه.

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كتاب المضاربة

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

قال أصحابنا: المضاربة تنعقد لإيجاب الشَّركة [في الرِّبح؛ كالشَّركة تنعقد لإيجاب الشَّركة][2] في العمل ورأس المال، وشركة[3] المضاربة رأس المال من جانب صاحبه، والعمل لربِّ المال من جانب العامل، فمن حيث يعمل له بأمره كان بمنزلة الوكالة، ومن حيث يستحقُّ بعمله بعض ما شُرط له أشبه الإجارة، ومن حيث لا يستحقُّه عوضًا عن العمل حتى إذا لم يخرج شيءٌ لا يستحقُّ شيئًا؛ ولكن يستحقُّه على سبيل الثَّمرة من عمله؛ كما يستحقُّ بالثَّمرة متولِّدة من الشَّجرة كانت شركةً، ففيها[4] شبهٌ بالعقود الثَّلاثة.

وقال الشَّافعي - رحمه الله -: المضاربة ليس فيها معنى الشَّركة، وبعض الرِّبح يكون له على سبيل الجعالة، على ما بيَّنَّا في كتاب الشَّركة.

وتتبيَّن فائدة هذا: في نصيب المضارب من الرِّبح، هل تجب فيه الزَّكاة أم لا؟

عندنا: تجب كما تجب على ربِّ المال؛ لأنَّهما يشتركان فيه.

وعنده: لا تجب(٥).

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» «ن» (لشركة)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (فيها)، والمثبت من «ص».

(٥) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٢٢)، و«الحاوي الكبير» (٧/٣٤١).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لأنَّ رب المال يملكه بفرع ملكه ، وهذا يملكه علىٰ ربِّ المال بما شرط له جعالةً علىٰ العمل لا أجرةً ، فلا يملك صحيحًا إلَّا بعد القبض ، وقد ذكرنا وجه ذلك في ابتداء كتاب الشَّركة .

|١٤٣٧| مسألةٌ: إذا سمَّىٰ ربُّ المال للمضارب شركًا في الرِّبح صحَّ عند أبي يوسف ، وانصرف إلىٰ النِّصف .

وقال محمَّد: لا يصحُّ .

لأنَّ الشِّرك نصيب في اللُّغة ، قال الله تعالىٰ: ﴿أَمۡ لَهُمۡ شِرۡكٌ فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ﴾ [فاطر: ٤٠] ، أي نصيب .

وأبو يوسف يقول: هو نصيبٌ مشتقٌّ من الشَّركة ، فيقتضىٰ نصيبًا علىٰ سبيل المساواة مع الآخر . ألا ترىٰ أنَّه لو قال لآخر: «أنت شريكي في هذا المال» كان بينهما نصفين ، وكذلك إذا قال: «أشركتك في هذا العقد» كان بينهما نصفين ، فكذا هذا .

|١٤٣٨| مسألةٌ: إذا كان رأس المال ألف درهم ، واشترىٰ المضارب به عبدين ؛ كلُّ واحدٍ يساوىٰ ألفًا= لم يملك المضارب شيئًا من العبدين ، حتىٰ إذا أعتق لم يصحَّ .

وقال زفر: له الرُّبع[١] من كلِّ واحدٍ منهما ؛ لأنَّه ربح ألفًا ، فيكون له النِّصف ، وذلك ربع كلِّ واحدٍ منهما .

[١] «ص» (الربح).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ألا ترىٰ أنَّه لو كان اشترىٰ عبدًا يساوي ألفين كان له الرِّبح ، فكذلك العبدان.

ألا ترىٰ لو اشترىٰ فرسين يُساوي كلُّ واحدٍ منهما ألفًا كان له ربعهما ، حتىٰ إذا وهب الرُّبع لرجلٍ ، وسلَّمه إليه صحَّ.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّ حقَّه في الرِّبح ، والرِّبح لا يتحقَّق إلا بعد تحصيل رأس المال ، وقد ثبت من مذهب أبي حنيفة أنَّ العبيد بين اثنين لا يقسمون جملةً ؛ بل كلُّ واحدٍ يكون بينهما علىٰ حاله[١] ، فلا يمكن علىٰ أصله اعتبار العبدين جملةً بينه وبين المضارب ؛ بل كلُّ عبدٍ يُعتبر علىٰ حاله[٢] ، وإذا اعتبر وحده لم يفضل منه شيءٌ عن رأس المال.

بخلاف الفرسين ؛ لأنَّهما يقسمان[٣] جملةً ، وإذا اعتبرا جملةً حصل البعض[٤] ربحًا ، وكذلك لو كان العبد واحدًا.

وكذلك مذهبهما ؛ لأنَّهما يقولان: إنَّ العبيد بمنزلة أجناسٍ مختلفةٍ حكمًا ؛ إلَّا أن يرىٰ القاضي الصَّلاح في الجمع ، أو يتراضوا علىٰ ذلك ، ولم يوجد المعنىٰ الجامع في مسألتنا هذه.

|١٤٣٩| **مسألةٌ**: إذا اقتسم المضارب وربُّ المال الرِّبح ، ثمَّ زاد ربُّ المال للمضارب شيئًا في شرطه ، أو حطَّ المضارب= صحَّ عند أبي يوسف ، وتُعاد القسمة.

---

[١] «ص» (حياله).

[٢] «ص» (حياله).

[٣] «أ» (لا يقسمان) ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «ص» (الربح).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وعند محمَّد: يصحُّ الحطُّ، وتبطل الزِّيادة.

لأنَّ الحطَّ يكون عن ربِّ المال؛ لأنَّه هو المستحقُّ عليه بشرطه، ورأس المال هو المعقود عليه من جانبه، وإنَّه قائمٌ؛ فصحَّ الحطُّ، والزِّيادة تقع للعامل، والمعقود عليه من جانبه عمله، والعمل قد انقضىٰ حقيقةً؛ كما عمل وانقضىٰ حكمًا بقسمة الرِّبح؛ لأنَّ الرِّبح قائمٌ مقام عمله؛ لأنَّه فرعه وحكمه، فإذا ذهب العمل حكمًا وحقيقةً صار المعقود عليه من جانبه فائتًا، فلا تصحُّ الزِّيادة.

كالزِّيادة في الأجرة ـ بعد انقضاء مدَّة الإجارة ـ لا تصحُّ لفوات المعقود عليه، والحطُّ عن الأجرة صحيحٌ؛ لأنَّ محلَّ الأجرة الذمَّة إذا كانت دراهم، وهي قائمةٌ.

والدَّليل علىٰ أنَّ الرِّبح يصير كالهالك بالقسمة: أنَّه يخرج عن المضاربة بالقسمة؛ كما يخرج رأس المال بالاسترداد، ولو استردَّ ربُّ المال رأس ماله، ثمَّ زاد أو نقص= لم يصحَّ، فكذلك هذا في حقِّ العامل.

ولأبي يوسف: أنَّ قوام المضاربة علىٰ رأس المال، فإنَّه في الابتداء لا يخص غيره بشيء[1]، وكذلك لو استردَّ رأس المال بطلت المضاربة، وإن لم يقسم الرِّبح، فالرِّبح في هذا الباب تبعٌ، فما بقي رأس المال علىٰ حاله، فالعقد بينهما قائمٌ، فتصحَّ[2] الزِّيادة والحطُّ؛ كما قبل قسمة الرِّبح.

ألا ترىٰ أنَّ الحطَّ عن الثَّمن جائز بعد ما قبض واستهلك؛ لأنَّ قوام العقد في جانب الثَّمن بالذمَّة؛ لا بدراهم مملوكةٍ، فاعتبر قيام الذمَّة لصحَّته؛ لا غير.

---

[1] «أ» «ن» (لا يحضره غيره شيءٌ)، والمثبت من «ص».

[2] «أ» «ن» (فصح)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ألا ترىٰ أنَّ الرِّبح لو لم يقسم ـ ولكن هلك ـ صحَّت الزِّيادة والحطُّ ، فكان ما ذكره محمَّد قياس ، وهذا استحسانٌ .

|١٤٤٠| مسألةٌ: المضارب بألف درهم بالنِّصف إذا تصرَّف وربح ألفًا ثمَّ أعطاه ربُّ المال خمسمائة أخرىٰ بالثُّلث علىٰ أن يعمل برأيه ، فخلطها بالألفين ، ثمَّ هلكت الألف= [هلكت][١] من الرِّبح عند أبي يوسف.

وقال محمَّد: يهلك من المالين جميعًا أخماسًا ، فيهلك خُمس الخمسمائة.

لأنَّه لمَّا شرط في الثَّاني غير ما شرط له في الأوَّل عُلم أنَّه لم يجعلها زيادةً علىٰ الأولىٰ ، فلم يلتحق بها ، وصارت مضاربةً أخرىٰ ؛ كأنَّ رجلًا آخر دفع ، وأذنا له بالخلط ، ثمَّ هلكت[٢] ألف.

وأبو يوسف يقول: إنَّه لو شرط مثل ما شرط في المرَّة الأولىٰ كانت الثَّانية زيادةً علىٰ الأولىٰ ، والتحقت بالأولىٰ ؛ كأنَّه دفع من الابتداء ألفًا وخمسمائةٍ ، وربح ألفًا ، ثمَّ هلكت ألفٌ ، فتكون الهالكة من الرِّبح ، فكذلك هذه.

لأنَّ الدَّافع واحدٌ في الحالين ، فالظَّاهر أنَّه أراد به تكثير رأس ماله ، وخلاف الشَّرط لا يدلُّ علىٰ منع ما قلنا ؛ لأنَّه جائزٌ أن يدفع جملةً ألفًا وخمسمائةٍ مضاربةً علىٰ أنَّ ربح الألف منها بالنِّصف وربح خمسمائةٍ أثلاث ، فيكون عقدًا واحدًا ، فكذلك هذا.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (هلك) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

|١٤٤١| مسألةٌ: إذا استأجر الرَّجل أجيرًا كلَّ شهرٍ بعشرة دراهم ليتَّجر معه في حانوته، ثمَّ دفع إلى الأجير ألفًا مضاربةً، فعمل[١] الأجير في الألف في الحانوت، وربح= كان الرِّبح لربِّ المال، وله أجره، وكذلك إن وضع عند أبي يوسف.

وقال محمَّد: لا أجر له، وله شرطه[٢] من الرِّبح؛ إلَّا أن يعمل معه في غير المضاربة فيستحقُّ الأجر بحسابه.

فبينهما اتِّفاقٌ: أنَّ الإجارة لا تبطل بالمضاربة؛ لأنَّ الإجارة عقدٌ لازمٌ، والمضاربة شركةٌ، وليست بلازمةٍ، فلا يرتفع اللَّازم بما ليس بلازمٍ حكمًا له؛ كما لا ترتفع الوكالة[٣].

ولكن محمَّد يقول: إنَّ العمل على المضاربة غير العمل الذي دخل تحت الإجارة؛ لأنَّه يستحقُّ بهذا العمل الشَّركة في الرِّبح إن وجد إذا انفرد، وبذلك الأجر ربح أم لا، وبتغاير الحكمين يعرف تغاير العملين، وإذا صار غيره بطلت الإجارة بفوات عمله.

كما لو خرج من الحانوت، ولم يعمل معه، أو شارك أستاذه وعمل في الشَّركة= فإنَّه لا يستحقُّ الأجر بلا خلافٍ؛ إلَّا أن يعمل في غير الشَّركة فيستحقُّ بقدره.

[وأبو يوسف يقول: عمل المضاربة عمل المضارب، والأجير واحدٌ

---

[١] «ص» (فعلم).

[٢] «ص» (ولا شرط).

[٣] «ص» (بالوكالة).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

ابتداءً ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يعمل للآمر بأمرنا في ذلك المال ، وتكون العهدة على الآمر في جميعه ، وإنَّما يفترقان فيما يطلب من العمل من حيث أنَّ أحدهما يطلب به الأجرة في الذمَّة ، والآخر شركةً في الرِّبح الذي يحصل ، فأمَّا لا فرق بينهما في أصل العمل ،

وإذا كان هذا العمل وذاك سواء ، والإجارة باقيةٌ وقع العمل من جهتها ؛ لأنَّها لازمةٌ ، والتَّسليم مستحقٌّ عليه بذلك الوجه ، فلا يتغيَّر بقصده ونيَّته على ما عُرف[١] في صوم رمضان وغيره .

بخلاف العمل على سبيل الشَّركة ؛ لأنَّه غير عمل الإجارة ؛ لأنَّ عمل الإجارة يخلص للآمر ، وهذا يقع على الشَّركة نفسها .

ألا ترى أنَّ الشَّركة وإن فسدت لا يستحقُّ بذلك العمل أجره ، والمضاربة إذا فسدت وجب به الأجر ، والله أعلم .

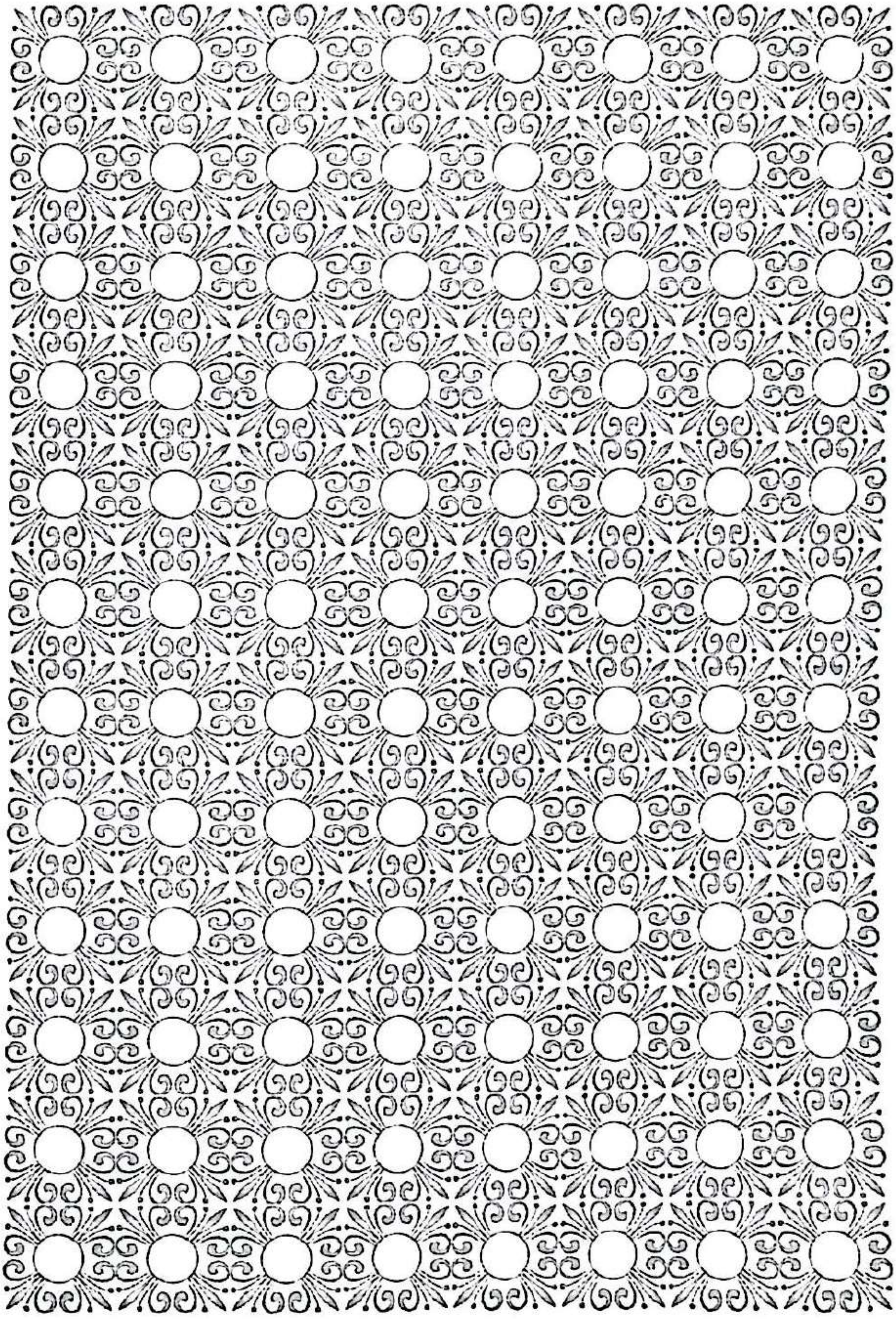
تمَّ كتاب المضاربة][٢] .

---

[١] «أ» (تصرف) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٢] ما بين [ ] ليس في «ص» .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner



الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

كتاب المزارعة

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

قال أبو حنيفة: المزارعة والمعاملة باطلتان.

وقال أبو يوسف ومحمَّد: [هما][2] صحيحتان.

وقال الشَّافعي: المعاملة صحيحةٌ، والمزارعة فاسدةٌ؛ إلا أن تكون تبعًا للمعاملة(٣).

أمَّا أبو حنيفة فقد ذهب إلىٰ أنَّ النَّبي ﷺ: «نهىٰ عن المزارعة»(٤) من طرقٍ أوردها محمَّد بن الحسن في كتابه(٥).

والقياس يوجبه؛ لأنَّ المزارعة والمعاملة في الحقيقة إجارةٌ للعامل ببعض ما خرج من عمله، أو إجارة الأرض ببعض ما يخرج من عمل العامل إذا كان البذر من قبل العامل، والإجارة بمثل هذا فاسدةٌ؛ لأنَّ الأجرة معدومةٌ ومجهولةٌ، وكلُّ واحدٍ منهما يوجب الفساد.

والدَّليل علىٰ أنَّها تنعقد إجارة إجماعهم علىٰ أنها لا تصحُّ إلَّا مؤقَّتةً[6]،

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

(٣) انظر: «نهاية المطلب في دراية المذهب» (١٦/٨)، و«العزيز شرح الوجيز» (٥٥/٦).

(٤) رواه مسلم (١٥٤٩) عن عبد الله بن السائب، قال: سألت عبد الله بن معقل عن المزارعة، فقال: أخبرني ثابت بن الضحاك، «أن رسول الله ﷺ نهىٰ عن المزارعة»، وفي رواية ابن أبي شيبة: «نهىٰ عنها».

(٥) انظر: «الأصل» لمحمد بن الحسن (٥٢٥/٩).

[٦] «ص» (الأمر فيه).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والوقت إنَّما يُشترط لتقدير المنفعة في باب الإجارات ليصير ما دخل تحت البيع[١] من المنافع معلومةً.

وأمَّا في الشَّركات فلا يُعتبر إعلام القدر، وإنَّما يُشترط إعلام النَّوع؛ لأنَّه [لا][٢] مبادلة بين العمل والمسمَّىٰ ليصير بمعنىٰ البيع، فيشترط الإعلام بسببه[٣]؛ بل يبقىٰ العمل خاليًا عن العوض؛ كما في الوكالات والعواري؛ فلا يشترط الإعلام، وههنا يُشترط الإعلام= عُلم أنَّها قوبلت بالمسمَّىٰ.

والدَّليل عليه أيضًا: أنَّ الخارج إمَّا أن يستحقَّ بحكم الشَّركة في الأصل؛ ليكون الفرع مشتركًا بحكم الأصل كالثَّمرة عن نخلٍ مشترك، أو بحكم التَّسمية بدلًا عن المنفعة بحكم المعاوضة؛ إذ الملك المبتدأ لا يثبت بغير سبب، ولا يجوز وقوع الملك بحكم الشَّركة؛ لأنَّه لا شركة في أصله.

فإنَّ الثَّمرة تخرج من الشَّجرة لا من عمل العامل، وكذلك الزَّرع يخرج من الحبِّ لا من عمل العامل ومنافعه، وإنَّما عمله شرطٌ للخروج من البذر؛ كالحضانة للبيض، فإنَّ الخروج من البيضة لا من الطَّير الحاضنة؛ حتىٰ إذا لم تكن الحضانة معتبرةً حكمًا ـ كالطَّير تحضن بيضة[٤] بنفسها ـ كان الفرخ لصاحب البيضة؛ وكذلك البذر إذا وقع في أرض رجلٍ فسقتها السَّماء، فنبتت= كان لصاحب البذر.

---

[١] «ص» (العقد).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (بسبب)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (دجاجةً)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولو وقعت الشَّركة بين منافع الطَّير والبيضة في تفريخ[١] الفرخ لكان بينهما، وكذلك بين منافع الأرض والحبِّ.

إلَّا أنَّ الرَّجل إذا غصب فزرع، أو حضن البيضة كان [الخارج][٢] له؛ لأنَّه بذلك الاستعمال صار مستهلكًا لما غصب؛ لأنَّ فعله معتبرٌ، وهو استهلاكٌ، وإذا كان استهلاكًا للأوَّل كان إحداثًا في الحكم للفرع، فأُضيف إليه في الحكم، ومتىٰ لم يكن الفعل معتبرًا لم يصر استهلاكًا وإحداثًا، وبقيت العبرة للبيضة ومنافع الطَّير، فأُضيف الفرخ إلىٰ البيضة[٣].

وكذلك في مسألتنا هذه لا يُضاف الخارج بحكم التَّفرُّع إلَّا إلىٰ البذر والنَّخل، فإنَّ منافع العامل أبعد من منافع الأرض، وقد سقط حكم الاستهلاك، والإحداث بعمله إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض؛ لأنَّه عاملٌ بإذنه وأمره بمنزلة أجيره، فيصير عمله بمنزلة [عمل][٤] ربِّ الأرض حكمًا، وإن [كان][٤] البذر من العامل فهو للعامل، وما من قِبل الأرض إلَّا منافع أرض؛ ما فيها من قِبله استهلاكٌ واستحداثٌ؛ ليُضاف الخارج إليه.

وفي النَّخل ظاهر؛ لأنَّه لو كان غاصبًا وسقىٰ، وعمل، حتىٰ أثمرت =كانت الثَّمرة لصاحب النَّخل، وإذا كان كذلك ثبت أنَّ[٥] الاستحقاق في الخارج بسببٍ مبتدإٍ، فلا يصحُّ التَّصرُّف فيه تمليكًا قبل الوجود والإعلام خصوصًا بإزاء

---

[١] «أ» «ن» (تفريع)، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (إلىٰ الفرخ إلىٰ البيضة)، والمثبت من «ص».
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] «ص» (شأن).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

المنافع؛ لأنَّه بمنزلة البيع.

وكان مثاله: رجلٌ قال لآخر: «سلَّمت إليك هذه الأغنام لترعاها شهرًا بنصف الخارج من ألبانها وسمونها وصوفها»، فإنَّه فاسدٌ؛ بل هذا أولىٰ بالفساد؛ لأنَّ الخارج من البذر أو النَّخل، الشَّكُّ فيه أكثر من الخارج من الغنم واللَّبن والسَّمن.

بخلاف المضاربة فإنَّها[1] تنعقد ـ علىٰ ما مرَّ ـ شركةً حتىٰ لم يجب إعلام قدر العمل بالوقت؛ لأنَّ الرِّبح يجوز أن يتفرَّع من العمل، فإنَّه يشتري ما يساوي عشرة بحسن هدايته بتسعةٍ، فيربح درهمًا بالشِّراء ثمَّ يبيعه بأحد عشر، وربح درهمًا آخر بالبيع؛ ولكن لا بدَّ فيه من المال ليصير بيعًا وشراءً، فيكون الرِّبح متولِّدًا من العمل والمال جميعًا، فصحَّ الاستحقاق بحكم التَّفرع عن أصلٍ مشتركٍ بينهما، ولم يحتج إلىٰ سببٍ جديدٍ للتَّملك بعد الحدوث، فلا يصير إجارةً.

إلَّا أنَّ الخصوم خالفوه بالنَّص وهو: ما روي أنَّ النَّبي ﷺ حين فتح خيبر قسم أرضها بنخيلها بين الغانمين، ثمَّ أعطاهم معاملةً ومزارعةً بالنِّصف(٢)، وبقيت كذلك في زمن أبي بكر، وصدرٍ من ولاية عمر إلىٰ أن أجلاهم(٣)، ثمَّ لا

[1] «أ» (فإنه)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) رواه البخاري (٢٢٨٥)، ومسلم (١٥٥١) من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، عن رسول الله ﷺ، «أنه دفع إلىٰ يهود خيبر نخل خيبر وأرضها، علىٰ أن يعتملوها من أموالهم، ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها».

(٣) رواه البخاري (٢٣٣٨)، ومسلم (١٥٥١) من حديث عبد الله رضي الله عنه، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أجلىٰ اليهود، والنصارىٰ من أرض الحجاز، وكان رسول الله ﷺ لما ظهر علىٰ خيبر أراد إخراج اليهود منها، وكانت الأرض حين ظهر عليها لله ولرسوله ﷺ وللمسلمين، وأراد إخراج اليهود منها، فسألت اليهود رسول الله ﷺ ليقرهم بها، أن يكفوا عملها، ولهم نصف الثمر، فقال لهم=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

نسخ بعد رسول الله، فيُترك القياس به.

ودلَّ أنَّ النَّهي عنها ليس بصحيحٍ إذ لو صحَّ لما عمل بخلافه النَّبي ﷺ، وأنَّ المناهي محمولةٌ علىٰ أنواع مزارعاتٍ كانوا يتعاطونها هي كلّها فاسدةٌ في الإسلام، علىٰ ما بيَّنها[١] محمَّد في الكتاب.

❁ فإن قِيلَ: يحتمل أنَّ النَّبي ﷺ شرط لهم النِّصف عمالةً؛ كما في مال الصَّدقات شرط للعامل سهمٌ.

❁ قُلنَا: لو كانت عمالةً لم يصحَّ الشَّرط إلَّا بقدر الكفاية، فإنَّ العامل إذا شرط له ثمن ما يخرج من عمله لم يصح، وكان له ما يكفيه ويكفي أعوانه، وشرط النِّصف كان صحيحًا حتىٰ أنَّ عبد الله بن رواحة كان يأتيهم خارصًا يتحرَّىٰ العدل فيه، وكانت تجري بينهم في ذلك في خصومةٌ.

❁ فإن قِيلَ: إنَّ النَّبي ﷺ شرط فيها: «متىٰ شئنا أخرجناكم»، وهذا الشَّرط لا يصحُّ في المعاملة.

❁ قُلنَا: لأنَّ النَّبي ﷺ كان عرف من حكم الله تعالىٰ أنْ لا يجتمع دينان في جزيرة العرب، وأنَّ الجلاء كان يجب متىٰ جاء الوقت لولا الشَّرط[٢]، فلم يكن الشَّرط منه مفسدًا؛ كما لو شرط صاحب البذر: «أنِّي متىٰ شئت تركت الزِّراعة» كان صحيحًا؛ لأنَّه يجب له ذلك قبل الشَّرط.

❁ فإن قِيلَ: إنَّ النَّبي ﷺ لم يوقِّت وقتًا معلومًا، وبغير وقتٍ لا يجوز، بل

= رسول الله ﷺ: «نقركم بها علىٰ ذلك ما شئنا»، فقروا بها حتىٰ أجلاهم عمر إلىٰ تيماء وأريحاء.

[١] «أ» (بينا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (من غير شرط).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ذكر وقتًا مجهولًا فقال: «أقرُّكم ما أقرَكم[١] الله ورسوله».

قُلنَا: أكثر ما في الباب أنَّ هذه زيادة شرطٍ ثبت بالإجماع، وهذا لا يدلُّ على بطلان الأصل، فإنَّ الزِّيادة [زيادةٌ][٢] على الأصل على أنَّ قوله: «أقرُّكم ما أقرَّكم[٣] الله ورسوله» إشارة إلى وقت الجلاء.

ويحتمل أنَّ الوقت كان معلومًا عندهم في التَّوراة، فلم يحتجَّ النَّبي ﷺ إلى الإعلام بنفسه؛ كما إذا قال: «إلى النَّيروز» أو «المهرجان»، وهو معلومٌ عند السامع[٤]، فإنَّه يصحُّ.

ويُحتمل أيضًا أنَّ المعاملة كانت شريعتهم وعادتهم، ولذلك طلبوا من رسول الله ﷺ أن يعاملهم، وقالوا: «نحن أشفق عليها من غيرنا» ولو لم تكن شريعةً لهم وعادةً لمَّا عقلوها، فكانوا لا يطلبون شيئًا لا يعلمونه، والعادة من قومٍ متى ظهرت في المعاملات والمزارعات انصرف مطلق العقد إلى ذلك، كما[٥] ينصرف مطلق تسمية الدَّراهم إلى البلد، فإنَّا متى لم نحمل هذه المعاملة على وجهٍ صحيحٍ نسبنا[٦] ما ظهر من المعاملات [والمزارعات][٧] على وجه الفساد، وإنَّه غير جائزٍ بحالٍ.

[١] «أ» «ن» (أقرَّ)، والمثبت من «ص».
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» «ن» (أقر)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (الشَّافعي)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (لما)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» «ن» (بنينا)، والمثبت من «ص».
[٧] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

❁ فإن قِيلَ: يُحتمل أنَّ الرِّجال كانوا غنيمةً كالأراضي، فلم تكن في الحقيقة معاملةً؛ إذ لا معاملة بين المولىٰ وعبده علىٰ وجه الصحَّة، إلَّا أنَّه[١] ترك عليهم ما سمَّىٰ لهم ترغيبًا لهم في العمل؛ وكما في العادات يهب الرَّجل شيئًا لعبده، ثمَّ لا ينزعه منه، وإن لم يصح.

❁ قُلنَا: ما نقل[٢] شيءٌ من الأخبار أنَّه استرقَّهم، ولا ظهر في المسلمين بيع واحدٍ منهم، ولا يجوز أن يكونوا عبيدًا لهم وإماء يتوالدون، ويبقون [علىٰ ذلك][٣] علىٰ عهد رسول الله ﷺ إلىٰ عهد عمر، ولا يحتاج إلىٰ مالك إلىٰ بيعِ واحدٍ[٤] منهم، ولا استعمالهم في شيءٍ آخر.

ولأنَّ عمر رضي الله عنه أجلاهم إلىٰ الشَّام، ولو كانوا عبيدًا لجاز مقامهم في أرض العرب تبعًا للمسلمين، ولم يكن المقام في السُّكنىٰ مضافًا إليهم، فكان لا يحلُّ لعمر أن يبطل أملاك المسلمين بالجلاء، وكان إن كان يجب الجلاء أن يُباعوا من قومٍ خارجي جزيرة العرب؛ كعبد الكافر إذا أسلم، ولم يجز إبقاؤه معه، فإنَّه يُباع من مسلمٍ، ولا يبطل علىٰ الكافر ملكه بحقِّ الله، فلَأَن لا يبطل علىٰ المسلم أوْلىٰ.

ولأنَّ النَّبي ﷺ قال في قتيل خيبر: «يحلف لكم اليهود خمسين يمينًا بالله ما قتلوه، ولا علموا له قاتلًا»، والقسامة لا تجب علىٰ العبيد، وقال لأولياء القتيل: «أتحلفون وتستحقُّون دم صاحبكم؟»(٥) ولو كانوا عبيدًا لكان بدل القتل

---

[١] «ص» (ألا ترىٰ أنه).

[٢] «أ» (فعل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (جديد)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٥) سبق تخريجه.

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

يجب على الموالي، وهم الذين يخيرون.

ولأنَّ النَّبي ﷺ أراد أن يجليهم حين فتح خيبر، فطلبوا النَّبي ﷺ أن يعاملهم، فلولا أنَّه كان منَّ عليهم، وإلَّا لكان لا يجليهم، ولكان لا يقاسمهم، وكان عبد الله بن رواحة يتحرَّى العدل.

وكان النبيُّ ﷺ أثبت الرِّبا على عامل خيبر في أن أعطى صاعين وأخذ صاعًا(١)، والرِّبا لا يجري بين العبد ومولاه، ولا يجب العدل في القسمة.

❁ **فإن قِيلَ**: يُحتمل أن الأراضي لم تقسم، وكان منَّ عليهم في أراضيهم، وكان شرط عليهم النِّصف خراج مقاسمةٍ.

❁ **قُلنَا**: روى[٢] **محمَّد بن الحسن** أنَّ النَّبي ﷺ قسم الأراضي بين المسلمين على ستَّة وثلاثين سهمًا وأراد إجلاءهم، فطلبوا المعاملة.

ولأنَّ عمر حين أجلاهم لم يضمن لهم شيئًا، ولو كانت ملكًا لهم لما رأى التَّملك عليهم ـ وهم ذمَّة ـ إلَّا بالقيمة.

ألا ترى أنَّه لمَّا أجلى يهود وادي القرى ضمن لهم القيمة، وهو مذهب أبي بكر وعمر، فإنَّهما أقرَّا اليهود على هذه المعاملة، ومذهب علي ومعاذ وجماعة من الصَّحابة ﷺ، روى عنهم **محمَّد بن الحسن في الأصل**(٣).

ولكنَّا شرطنا التَّوقيت؛ لأنَّها تنعقد إجارةً ابتداءً، ثمَّ تنقلب شركة إذا صحَّت.

---

(١) سبق تخريجه.

[٢] «أ» (رواه)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٣) انظر: «الأصل» للشيباني (٥١٥/٩).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بخلاف المضاربة، فإنَّها تنعقد شركةً ابتداءً، ثمَّ تنقلب إجارةً إذا فسدت؛ لأنَّ ابتداء المزارعة شبه الإجارة لا الشَّركة من الوجه الذي قاله أبو حنيفة؛ إلَّا أنَّه لا يمكن تصحيحها إلَّا بشركةٍ؛ لما ذكرنا أنَّ بعض الخارج لا يجوز أن يستحقَّ على سبيل التَّملك ابتداءً؛ بل على سبيل الشَّركة عن أصلٍ مشتركٍ.

وقد أمكن من وجه؛ لأنَّ الحضانة من جهة منافع الأرض أو العامل[١]، وإن كانت شرطًا لا علَّةً لخروج الخارج على ما قاله أبو حنيفة= فقد يجوز أن تلحق بالعلَّة؛ لأنَّ الشَّرط إن فارق العلَّة في الإيجاب شركته في الاتِّحاد، فمن هذا الوجه أُلحق بالعلَّة احتيالًا لتجويز ما اعتاده النَّاس سببًا لمكاسبهم ترخيصًا لهم.

كما جوزت المضاربة وإن كان قوام البيع والتِّجارة بالمال لا بالتَّصرف، حتى إذا فسدت المضاربة كان الرِّبح كلُّه لربِّ المال دون العامل رخصةً للنَّاس؛ إلَّا أنَّ ذلك أقرب إلى القياس لما ذكرنا أنَّ للعمل أثرًا[٢] في إيجاب الرِّبح وتحصيله من حيث المعنى؛ كما للمال من حيث الحقيقة، فرجَّح في المضاربة جانب الشَّركة، فجعل ابتداء شركة ـ وإن لم يسقط معنى الإجارة ـ، حتى إذا فسدت كانت إجارةً، ولو تمحَّضت شركة لما وجب[٣] الأجر؛ كالشريك شركة عنان، والأجير في طحن حنطةٍ مشتركةٍ.

وفي مسألتنا هذه رجَّحنا جهة الإجارة حال الوقوع، ثمَّ أوجبنا معنى الشَّركة إذا صحَّت؛ ليكون أخذ الخارج بسبب الشَّركة دون الإجارة، فصارت العقود

---

[١] «أ» «ن» (الحامل)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (العمل إبراءً)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (أوجب)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

علىٰ المنافع علىٰ وجهٍ يكتسب به المال للغير ضروبًا[١] أربعةً:

❊ وكالة محضة.

❊ وشركة محضة [فيها وكالة][٢].

❊ [وشركة][٢] فيها حكم الإجارات والوكالات، يظهر حكم الإجارة عند فسادها.

❊ وإجارة فيها حكم الشَّركات، والوكالة[٣] تظهر[٤] عند صحَّتها.

فلم يجز اعتبار بعضها ببعضٍ من كلِّ الوجوه؛ بل من الوجه الذي يتشابهان فيه.

ولا معنىٰ لقول من يقول: [إنَّ][٥] خبر المزارعة جاء بخلاف الأصول؛ لأنَّا لم نجد في نفس المزارعة أصلًا نردُّه، وإنَّما يردُّه القياس علىٰ سائر الأصول، وإنَّه ساقطٌ؛ لأنَّ المزارعة أصل بنفسه كسائر الأصول، فلم يبطل بغيره.

ولأنَّا ذكرنا أنَّ فيها ضربًا من القياس في إضافة الحكم إلىٰ الشَّرط، وقد يُضاف إليه في الجملة إذا لم تمكن الإضافة إلىٰ العلَّة؛ نحو قطع حبل القنديل[٦] حتىٰ[٧] انكسر= ضمن القاطع، وهو إنَّما رفع المانع من السُّقوط، وهو الحبل،

[١] «ص» (ضروريا).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (والوكالات)، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (تظهر ذلك)، والمثبت من «ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «ن» (العبد بل).
[٧] «أ» «ن» (حين)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والمانع كالشَّرط، ولكن لما لم تمكن الإضافة إلىٰ التعليق؛ لأنه لم ينفذ[١] أضيف إلىٰ صاحب الشرط؛ إذ الإضافة مع العلَّة لا تكون خروجًا من القياس أصلًا، وإنَّما تكون خروجًا إذا أُضيف[٢] إليه وهو بحيث لا تجوز الإضافة إليه.

وأمَّا الشَّافعي فإنَّه زعم أنَّ خيبر لها نخيل فكانت معاملةٍ، وكانت المزارعة بين النَّخيل تبعًا لها، فلا يجوز إلَّا هكذا؛ إلَّا أنَّ محمَّد بن الحسن روىٰ جواز المزارعة مقصودًا عن معاذ بن جبل وغيره(٣).

ولأنَّ جواز المعاملة يدلُّ علىٰ جواز المزارعة؛ لأنَّها نظيرها في القياس؛ لأنَّ عمل العامل في الأشجار حضانةً كعمل الزَّارع؛ بل عمل الزَّارع أقوىٰ تأثيرًا في الخارج؛ لأنَّ نفس الحبِّ بعمله يصير شيئًا آخر، حتىٰ قلت: لو كان غاصبًا يصير الفرع له، ونفس عمل العامل في الشَّجر لا يغيرها، فجواز المعاملة يدلُّ علىٰ جواز المزارعة من طريق الأولىٰ.

بخلاف رعي الأغنام ببعض ما يخرج من ألبانها؛ لأنَّ اللَّبن لا يخرج من الشَّاة ولا الصُّوف بحضانته، فإنَّ الغنم تأكل بنفسها، وتشرب بنفسها، وبذلك السَّبب تنمو[٤] ويخرج اللَّبن.

ولأنَّ عمل الشَّجر في هذا الباب إنَّما يُضاف إلىٰ العامل، فلم يصر عمل الرَّاعي شرطًا للزِّيادة بل[٥] التَّقريب بين الماء والغنم شرط لشربها، والغنم شربها

---

[١] «ن» (يبعد).

[٢] «أ» (أضيفا).

(٣) انظر: «الأصل» للشيباني (٩/٥١٩).

[٤] «ن» (يثمر).

[٥] «أ» «ن» (بين)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

باختيارها لا يُضاف إليه؛ ثم[1] ذلك الشُّرب بمنزلة سعي العامل في باب الشَّجر، والله أعلم.

|١٤٤٢| **مسألةٌ**: إذا تزوَّج امرأةً على أن يزرع أرضه ببذرها، على أنَّ الخارج بينهما نصفان[2]، فالمزارعة فاسدةٌ والنِّكاح جائزٌ، ويجب لها من المهر نصف منافع الأرض عند أبي يوسف، فإن سلَّم إليها الأرض حتى زُرعت فلا شيء لها غير ذلك، ويجب لصاحب الأرض عليها نصف أجر مثل الأرض بحقِّ الزِّراعة والخارج لها، وإن لم يسلم ضمن للزَّوج نصف أجر مثل الأرض مهرًا.

وقال محمَّد: يجب لها من المهر الأقلُّ من مهر المثل، ومن منافع كلِّ الأرض، وتكون التَّسمية فاسدةً، فإن سلم الأرض لها فالخارج لها، وعليها لصاحب الأرض أجرُ مثلِ الأرض، ولها على الزَّوج الأقل من مهر المثل ومن أجر مثل الأرض، فيلتقيان قصاصًا وترد هي[3] الزِّيادة على الزَّوج إن انتقص مهر المثل.

وذهب إلى أنَّ النِّكاح وقع على منافع الأرض؛ فإنَّه لو لم يشترط عليها رد نصف الخارج كانت التَّسمية صحيحةً، ولم تكن ههنا مزارعةً، فصار [شرط][4] ردِّ نصف الخارج عليها، [بشرط][4] ردِّ[5] شيء من مالها على الزَّوج، فيصير ما سمَّى الزَّوج لها من المنافع بإزاء البضع، وبإزاء الزِّيادة التي تُرَدُّ من مالها، ثمَّ

---

[1] «أ» «ن» (بل)، والمثبت من «ص».
[2] «أ» «ن» (نصفها)، والمثبت من «ص».
[3] «أ» (عن)، والمثبت من «ن» و«ص».
[4] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[5] «أ» (ورد).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

تلك الزِّيادة [غير معلومةٍ؛ بل][1] معدومةً؛ قد توجد، وقد لا، وتقلُّ وتكثر؛ لأنَّ الأرض ربَّما لا تخرج شيئًا.

ولا يُمكن اعتبار تلك الزِّيادة بقسمة المسمَّىٰ عليها وعلىٰ البضع، فتبقىٰ معتبرةً من حيث إنَّها تفسد التَّسمية بإزاء البضع؛ كما إذا تزوَّجها علىٰ ألف درهم، وكرامتها للزَّوج بمالٍ من عندها، فإنَّ الألف تكون مهرًا؛ ولكن علىٰ سبيل الفساد؛ لأنَّه جعلها بإزاء البضع، والكرامة معدومةٌ؛ قد توجد، وقد لا، وتقلُّ وتكثر، ولا يُمكن اعتبارها بقسمة الألف عليها وعلىٰ البضع، وإنَّما اعتبرت مفسدةً للتَّسمية، فكذلك ههنا.

وأبو يوسف يقول: الزَّوج جمع بين المزارعة والنِّكاح؛ فإنَّه لو تزوَّج امرأةً علىٰ أنَّه يدفع أرضه إليها ليزرعها ببذرها سنةً كانت المنافع كلُّها مهرًا لها، ولو دفعها إليه ليزرعها ببذرها علىٰ أنَّ الخارج بينهما نصفان كانت مزارعةً صحيحةً، فإذا جمع العقدين جميعًا علىٰ المنافع صار نصفها مهرًا ونصفها مزارعةً علىٰ أنَّ الخارج كلَّه لربِّ الأرض، فتكون مزارعةً فاسدةً، وإمهارًا صحيحًا.

❁ فإن قِيلَ: هذا لا يستقيم إلا بأن يجعل شرط نصف الخارج لرب الأرض من نصف المزارعة والنصف[2] الآخر وما في الشَّرط تمييز، فتعين أن[3] يجعل النصف شائعا من جملة الأرض، ولا يمكن إلا ما قاله محمَّد.

❁ قُلنَا: ولا يمكن القول بما قاله محمَّد إلا بأن تجعل كل المنافع مهرا،

---

[1] ما بين [ ] ليس في «ن» و«ص».
[2] «ص» «أ» (دون النصف).
[3] «ص» (عنين فيعتبران).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والرجل أضاف المنافع إلىٰ عقد المزارعة والنكاح، هذا عمله التنصيف؛ كما إذا أضاف المنافع إلىٰ رجلين بإقرار[١] أو بمزارعة تكون نصفين، فمحمَّد اعتبر حقيقة شيوع الشَّرط، وترك حقيقة الإضافة في أصل المنافع إلىٰ العقدين جميعا.

وأبو يوسف اعتبر أصل إضافة المنافع إلىٰ النكاح والمزارعة، وجعل الشَّرط علىٰ نصف المزارعة، فكان ما قاله أبو يوسف أولىٰ؛ لأن اعتبار الأصل أولىٰ من اعتبار الشَّرط إذا لم يمكن الجمع بينهما.

إلا أن محمَّدا يقول: ليس في قوله: «تزوجتك علىٰ أن تزرعي هذه الأرض ببذرك سنة» إلا الإمهار؛ لا مزارعة ههنا. ثم قوله: «علىٰ أن الخارج بيننا نصفان» احتمل شرط المناصفة بحكم المزارعة في النصف والرد بحكم كرامة الزوج مع نفسها بإزاء المهر، فلا يبطل الإمهار الثابت قبل هذا الكلام بالشك.

والجواب عنه: إنما يجب هذا إن لو سكت علىٰ الكلام الأوَّل، وتقرَّر حكمه، فأما إذا لم يسكت[٢] عليه حتىٰ ألحق به هذا الشَّرط المحتمل صار ما مضىٰ محتملًا بين أن يكون مزارعة ومهرا، فلا يصير مهرًا بالشك. ألا ترىٰ أن من قال لفلان: «علي ألف [درهم][٣] إلا مائة وخمسين» لزمه تسعمائة في أصح الروايات، وجعل الشك في الاستثناء شكًّا في المستثنىٰ منه؛ لأن الكلام واحد وبين الكلامين تقارب، وقد روي في مسألة الاستثناء أنه يلزمه تسعمائة وخمسون درهما، والله أعلم.

تم كتاب المزارعة.

---

[١] «ص» (بإقراز).
[٢] «ص» (إذا سكت عليه).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كتاب الوقف

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

للوقف:

* تفسير،
* وشرط،
* وركن،
* وحكم شريعة.

أمَّا تفسيره لغةً: فالوقف نظير الحبس من: «وقفت[2] الدَّابة على الطَّريق» إذا منعتها[3] عن السَّير وحبستها[4]، والوقف يسمَّى حبسًا[5] شرعًا. **ويُقال**: موقوفةٌ محبَّسةٌ[6]، ولا خلاف فيه.

وفي الشَّرط، والركن، والحكم= خلافٌ بين العلماء.

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[2] «ن» (وقف).

[3] «أ» «ن» (منعها)، والمثبت من «ص».

[4] «أ» «ن» (وحبسها)، والمثبت من «ص».

[5] «ن» (حبيسا).

[6] «أ» «ن» (محتبسة)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فصل الشَّرط

|١٤٤٣| مسألةٌ: قال أبو حنيفة وعامَّة أصحابه: إنَّ من شرط الوقف أن يكون موصىً به، وإذا لم يكن موصىً به لا يلزمه، وللمالك أن يبيعه، ويورث عنه.

وقال أبو يوسف ومحمد والشَّافعي وعامَّة الفقهاء: الإضافة إلى الموت ليس بشرطٍ.

واحتجَّ محمَّد بن الحسن بحديث عمر: أنَّه أصاب مالًا نفيسًا كان عنده، فسأل النَّبي ﷺ عن التَّصدق به، فقال ﷺ: «تصدَّق بأصله لا يُباع ولا يوهب ولا يورث، ولكن ينفق من ثمرته»(١)، ولم يشترط وصيَّة بعد الموت.

وكان عليٌّ رضي الله عنه(٢) تصدَّق وقفًا محبَّسًا[٣].

---

(١) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وروى البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٢) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخيبر، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئت حبست أصلها، وتصدقت بها» قال: فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول.

وأقرب ما وقف عليه للفظ الذي ذكره المصنف ما رواه الدارقطني (٤٤٢٧) عن ابن عمر، أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: يا رسول الله إني استفدت مالا وهو نفيس فأردت أن أتصدق به، قال: «تصدق بأصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمرته»، قال: فتصدق به، فصدقته كتبت على ذلك في سبيل الله والضيف وابن السبيل والمساكين وذي القربى، لا جناح على من وليه أن يأكل بالمعروف ويؤكل صديقه غير مأثوم فيه.

(٢) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٩٣٤) وكيع، عن القاسم بن فضيل، عن أبي جعفر: «أن عليا، وعمر وقفا أرضا لهما بتابتلا».

[٣] «أ» «ن» (محتسبًا)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وكذلك الزُّبير - رضي الله عنه - وقف داره، وشرط للمردودة من بناته(١).

وكذلك كبار الصَّحابة - رضي الله عنهم - منها: ما رواه الخصَّاف، ومنها: ما رواه هلال الرَّازي في وقفه، ومنها: ما رواه محمَّد بن الحسن. وقد ظهر الوقف المؤبَّد في الإسلام من الصَّدر الأوَّل والآخر بلا شرط وصيَّة ظهورًا لا يمكن إنكاره.

وقال ﷺ لعمر رضي الله عنه ـ وكان طلب الزكاة من دروع لخالد بن الوليد ـ: «أمَّا خالد فقد حبس دروعه في سبيل الله»(٢).

وعن كبار الصَّحابة رضي الله عنهم: «لا حبس إلَّا في كراع أو سلاح»(٣).

والمعنى فيه: ما احتجَّ [به][٤] محمَّد في الأصل: أنَّا[٥] أجمعنا أنَّ جعْل الأرض مسجدًا يصحُّ، وتخرج الأرض عن ملك صاحبها، وتبقى محبوسةً لله تعالى؛ لا تُباع ولا تُوهب ولا تورث لقربةٍ تقام فيها، وهي الصَّلاة.

وكذلك الله تعالى استبقى لنفسه الكعبة خالصةً لا تُباع ولا تملك بوجهٍ؛ لتعلُّق الحجِّ بها[٦] والصَّلاة في اليوم. فكذلك إذا جعلت الأرض صدقةً موقوفةً قد جعلت لله موقوفةً؛ لا تُباع، ولا تُملك بوجهٍ؛ لقربة تعلقت[٧] بها، وهي[٨]

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٩٣٣) عن حفص، عن هشام بن عروة، عن أبيه: «أن الزبير وقف دارا له على المردودة من بناته».

(٢) سيأتي تخريجه (في الوصايا).

(٣) سيأتي تخريجه.

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (إلا أنا).

[٦] «أ» «ن» (به)، والمثبت من «ص».

[٧] «أ» «ن» (تعلق)، والمثبت من «ص».

[٨] «أ» «ن» (وهو)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

دفن الموتى أو نزول الحاجّ أو صرف غلّتها إلى الفقراء أو القرابة، أو وجهٍ من وجوه القرب في الإسلام، فيزول الملك عن المالك[١] إلى الله لا يملك بوجهٍ، وتُقام تلك القربة بها.

قال: وهذا أولى؛ لأنَّ المسجد إذا حول إلى المالك[٢] وجد المصلي مسجدًا آخر، وتيسَّر عليه ذلك، ولا يتيسر[٣] عليه موضع النُّزول وإصابة القرب[٤] مثل تيسيره.

ولأنَّ المسجد تُقام فيه القربة، فكان مكانًا لإقامة القربة، والأرض يستنزل[٥] منها، فكان تعلق القربة بها أكثر.

ولا يلزم وقف المنقولات؛ لأنَّا اعتبرنا بما وجدناه من جنس المال محبوسًا لله تعالى، وإنَّما وجدنا ذلك في الكعبة والمساجد ومن حبس العقارات التي تتأبَّد، وتبقى، ولم نجد من حبس ما يعين[٦]، وينقل من جنس المال شيئًا محبوسًا لله تعالى عن ملك النَّاس لقربة تعلَّقت به.

❁ فإن قلتم: بأيِّ دليلٍ أزلتم الملك عن صاحبه، ولفظ الوقف للمنع لا للإزالة؟

❁ قُلنَا لكم: هذا ضعيف؛ لأنه لو قال: «تصدَّقت بهذه الأرض موقوفةً»

---

[١] «أ» «ن» (الله)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (الملك)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (يشتبه).

[٤] «أ» (الفور)، «ن» (الغور)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (تستبدل).

[٦] «ص» (من جنس ما يبقى).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لم تجيزوه؟ وفي لفظ «الصَّدقة» ما يوجب الإزالة.

وكذلك لفظ «الوقف»؛ لأنَّ تفسيره عند أهلها[١]: جعلتُها لله تعالى موقوفة عن النَّاس؛ فالوقف للمنع عن التَّملك والإزالة لمقتضى هذه اللَّفظة. كما قيل في قوله: «أعتق عبدك عنِّي بألف [درهم][٢]»، فقال: «أعتقت» ثبت الشِّراء أوَّلًا بمقتضى هذا اللَّفظ، فثبت أنَّ المنع بسبب اللَّفظ ضعيف، ففي الألفاظ متَّسعٌ، وإنَّما أفسده من لم يجز الوقف لما أنَّ المال لا يجوز أن يبقى محبوسًا عن الملك، وقد شرع الله تعالى الحبس بالمساجد[٣] فلم يكن منكرًا؛ بل الله لما خلق لنا ما في الأرض جميعًا، والأرض كلُّها جعل عامَّتها عرضةً للتَّملك بالأسباب[٤]، والبعض محبوسةً عن الملك لقربة وضرب منفعةٍ تعود إليهم؛ ليكون الكلُّ مخلوقةً لهم؛ بعضها لمنافع الدُّنيا، وبعضها للثَّواب، فيكون أجمع لوجه المنافع الآجلة والعاجلة. أليس الوقف الموصى به يجوز؟ والرَّقبة لا تبقى مملوكةً لأحدٍ من النَّاس، فالورثة لا يرثونها، والموقوف عليهم ما شرط لهم إلَّا الغلَّة، فأيُّ فرقٍ بين حال الممات والحياة؟

بل لما قيل: هذا المال الوقف متعلقًا[٥] بشرط الموت فمرسلًا للحال أولى؛ لأنَّ في التَّعليق ضربًا من الغرور[٦]، فإنَّ كثيرًا من التَّصرفات تصحُّ مرسلًا وتبطل معلَّقا بشرط، ولا تجد تصرفًا يصحُّ معلَّقا، ولا يصحُّ مرسلًا.

---

[١] «ص» (أهله).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (في المساجد).

[٤] «أ» و«ص» زيادة (عامتها)، والمثبت من «ن».

[٥] «ص» (معلقا لا بشرط).

[٦] «ص» (الغرر).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

❁ فإن قلتم: الوصيَّة بالغلَّة المعدومة تجوز، ولا تجوز مرسلةً.

❁ قُلنَا لكم: التَّعليل وقع لجنس المال، وذلك المال الذي يصحُّ تمليكه بالوصيَّة يقبل التَّمليك والهبة للحال؛ لكن بشرطه، فمن شرط الإرسال قيام المحلِّ للحال، ولا يُشترط للوصيَّة ذلك، وأنتم أبيتم[١] صحَّة الوقف مرسلًا مع قيام شرط الوجود؛ ولكن قلتم: لما كان الموت مزيلًا بنفسه صحَّ المنع[٢] عن الورثة بالوقف، ولم يصح ابتداء الإزالة بالوقف.

ونحن ما أزلناه[٣] بحقيقة لفظ الوقف؛ بل بالصَّدقة إذا قال: «تصدَّقت بهذه الأرض علىٰ أن يوقف[٤] أصلها وتُسبَّل[٥] ثمرتها»، وإن لم يأت بلفظ الصَّدقة أزلناه بمقتضىٰ لفظ الوقف علىٰ ما مرَّ.

❁ فإن قلتم: الوقف تصدق بالغلَّة؛ بدليل أنَّ الغلَّة تصرف إلىٰ مصارفها بشرط الواقف، ولو خرج عن ملكه الأصل لما صحَّ بشرطه[٦] في الغلَّة.

كما إذا أعتق عبده بشرط أن تصرف غلَّته إلىٰ كذا، أو[٧] جعل أرضه مسجداً بشرط أن يصلي فيه فلان دون فلان، أو وهب بشرط أن لا يُباع، والتَّصدق بالغلَّة المعدومة لا يجوز إلَّا أن يكون وصيَّة.

---

[١] «أ» (أثبتم).

[٢] «ص» (البيع).

[٣] «أ» (ألزناه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (يقف)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (وتستغل).

[٦] «أ» «ن» (شرطه)، والمثبت من «ص».

[٧] «ص» (إذا).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

﴿ قُلنَا: إنَّا وجدنا القربان[١] يصير لله بالإراقة، ثمَّ صاحبه يتصرَّف فيه بأكل ويطعم غيره ويتصدَّق به، ويبادل[٢] بما ينتفع به في بيته[٣] بتولية الشَّرع لكونه هو المتقرِّب به، فكان جائزًا أن يكون إلىٰ الواقف.

ولأنَّه بيان المصارف بكونه هو الواقف والمتقرَّب به؛ لا ببقاء الأصل علىٰ ملكه.

بخلاف العتق؛ لأنَّ العبد يصير مستحقًّا لنفسه ومالكًا لمنافعه، فلا يعمل فيه تصرُّف غيره، وكذلك الهبة، إنَّما وجدنا هذه الولاية فيما يصير لله، وكان[٤] مالًا متقوِّمًا.

وكذلك المسجد الذي هو أصلٌ من الكعبة، والمسجد الحرام [الذي][٥] كان سواء العاكف فيه والبادي، فعلمنا أنَّ الله تعالىٰ لم يول التَّخصيص إلىٰ الذي[٦] جعله مسجدًا، وألحقه بالمسجد الحرام والكعبة.

ولأنَّ المسجد يبنىٰ للصَّلاة، وهو حقُّ الله علىٰ عباده؛ فلم يصح شرط تخصيص أداء الصَّلاة لقومٍ دون قومٍ؛ لأنَّه تصرف علىٰ الله سبحانه تعالىٰ في أن لا يؤدَّىٰ فيه حقُّه، وإنَّه باطلٌ؛ لأنَّ البقعة[٧] صارت لله ﷻ؛ كما بطل في العتق؛ لأنَّ الشَّرط علىٰ العتيق والحق صار له، وكذلك علىٰ الموهوب له.

---

[١] «ص» (القربات).
[٢] «ص» (ويتناول).
[٣] «ص» زيادة (غير متمول).
[٤] «أ» (ولو كان)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (لما تولىٰ التخصيص الذي).
[٧] «أ» «ن» (النفقة)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فأمَّا سائر الوقوف فإنَّما صحَّت لضرب[١] تصرف إلىٰ النَّاس ، ويكون حقًّا لهم ؛ نحو[٢] السُّكنىٰ والسِّقاية والصَّدقة بالغلَّة ، فلم يكن في تخصيص بعضهم شرطًا علىٰ المستحقِّ ، فالمستحقُّ هو الله ﷻ ؛ بل كان تخصيصًا لمن يُصرف إليه من جهة المستحقِّ ، وإنَّه جائزٌ بإذن المستحقِّ[٣].

وكان هذا نظير القربان الذي صار لله ، ثمَّ للمضحي أن يخص من شاء ؛ لأنَّه صرف إلىٰ غير المستحقِّ بإذن المستحق. وكذلك الصَّدقات يأخذها الإمام ، فتخرج عن أملاك أربابها ، ولا تصير ملكًا للفقراء ، [والإمام نائبٌ عن الله.

بدليل: أنَّه لو عجَّل إلىٰ الإمام ثمَّ هلك[٤] المال قبل الحول استردَّ من الإمام ، ولو عجَّل إلىٰ الفقير][٥] أو وكيله ، أو صرف الإمام إلىٰ الفقير ، ثم هلك[٦] المال= مضت الصَّدقة للفقير ، ولا يجوز الاسترداد ، فثبت أنَّ الإمام يأخذها لله سبحانه ثمَّ يصرفها إلىٰ من شاء من الفقراء بتدبيره بإذن الله ﷻ ، ولا تدبير للإمام في باب المصلين في المساجد.

❁ **فإن قلتم:** إنَّ هذا التَّدبير فيما ذكرتم في التَّسليم إليهم لا في بيان المصرف ، وأنتم جوزتم شرط الواقف في بيان المصرف ، وإنَّما يجوز ذلك بحقِّ الملك لا غير.

---

[١] «أ» «ن» (فأمَّا الموقوف فإنَّما صحَّت بقرب [بعرف]) ، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (ويجوز ذلك حقا لهم بحق).

[٣] «ص» (الشرع).

[٤] «ن» (ملك) ، والمثبت من «ص».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» ، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «أ» «ن» (لم يملك) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

۞ قُلنَا: إنَّ الله تعالىٰ تولَّىٰ بيان مصارف الصَّدقات وبيان مصارف الأضاحي، فعلم أنَّه لم يولنا[١] ذلك، وصحَّ منَّا فيما لم يتولَّ[٢] الله ﷻ بيانه من الحرمان والإعطاء بالتَّسليم، وإن كان الحقُّ لله ﷻ، فجاز مثله في مسألتنا فيما صار لله سبحانه تعالىٰ من النَّفقة لقربة تعلَّقت بمنافعها.

وعلمنا[٣] أنَّه يتولَّىٰ بيان المصارف، فإنَّ الله تعالىٰ لم يبيِّنها، وإنَّما هو شيءٌ جعله العبد من عند نفسه تطوُّعًا من غير إيجاب سبق، علىٰ أنَّا إنَّما أطلقنا له ذلك بالأخبار، وبها عرفنا الإذن من الله تعالىٰ؛ ولكن بعد أن عرفناه[٤] بالنَّص كلَّمناكم في أنَّه علىٰ موافقة القياس علىٰ الأصول الثَّابتة، وهو التَّصرف في حقِّ الله ﷻ المجمل مصرفه؛ لا ملك نفسه وإصابة[٥] الولاية من جهة أنَّه هو المتقرِّب.

۞ فإن قلتم: لو وقف ولم يبين المصارف ثمَّ أراد أن يبين لم يقدر، ولو ثبتت الولاية بحكم أنَّه هو الواقف لملك بعد السُّكوت علىٰ مطلقه؛ كما في الأضحية، ومال الصَّدقات للإمام.

۞ قُلنَا لكم: إنَّما نحن نثبت الولاية بالنِّيابة عن الله فيما وقف عن ملك[٦] النَّاس من رقبة الأرض بحقِّ أنَّه واقفٌ فيما لم يتولَّ[٧] الله ﷻ بيان مصرفه،

---

[١] «أ» «ن» (لو تولينا)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (يقول)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» زيادة (وغلتها)، «ص» (وعليها)، والمثبت من «ن».

[٤] «أ» «ن» (عرفنا)، والمثبت من «ص».

[٥] «ن» (وأسبابه).

[٦] «أ» (ملكه)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٧] «ص» (ينزل).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والوقف المطلق وقفٌ علىٰ سبيل الصَّدقة علىٰ قول مجيزه مطلقًا، والصَّدقة المطلقة مصرفها[١] أهل الصَّدقات الثَّابت بكتاب الله تعالىٰ؛ فلا يبقىٰ للواقف بيان ذلك، فأمَّا حين ما يقف فماله مصرف عينٍ شرعًا، فكان إليه البيان بتوليةٍ من الله تعالىٰ بحقِّ أنَّه واقفٌ؛ كما ملك التَّعيين في الإعطاء في باب الأضحية والصَّدقة؛ لأنَّ الله تعالىٰ ما عين، فثبتت[٢] الولاية له بحكم أنَّه هو الفاعل وصاحب المال في الأصل.

فهذا سرُّ المسألة، فإنَّ من لم يجز الوقف لم يجزه؛ لأنَّ الأصل بهذه اللَّفظة لا يخرج عن ملكه، وإنَّما هو صدقة منه بالغلَّة ابتداءً أو هبة؛ بدليل أنَّ شروطه معتبرةٌ، والصَّدقة بالغلَّة أو الهبة لا تصحُّ إلَّا موصىٰ بها، وإنَّه لا يوجد في مال الله تعالىٰ أن يكون بيان المصرف إلىٰ العباد إلَّا في الوقف خاصَّة، والانفصال لمجيزي[٣] الوقف ما قلناه بعد شيوع الأخبار والآثار عن[٤] الصَّحابة والسَّلف ﷺ.

وأمَّا الذين شرطوا الوصيَّة فاحتجُّوا بما رُوي عن عكرمة عن ابن عباس عن النَّبي ﷺ: «لا حبيس[٥] عن فرائض الله بعد نزول سورة النساء»(٦) أي بعد نزول

[١] «ص» (موقفها إلىٰ).
[٢] «ص» (فبقيت).
[٣] «ص» (والانفعال لمحتوىٰ).
[٤] «أ» «ن» (من)، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (حبس).

(٦) رواه الدارقطني (٤٠٦٢)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١١٩٠٧) من طريق ابن لهيعة عن عيسىٰ بن لهيعة عن عكرمة قال: سمعت ابن عباس يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول بعدما أنزلت سورة النساء وفرض فيها الفرائض، يقول: «لا حبس بعد سورة النساء». وفي رواية (١١٩٠٨): «لا حبس عن فرائض الله». =

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

آية المواريث؛ إلَّا أنَّ في آية المواريث [أنَّ الميراث][1] بعد الوصيَّة والدَّين، فيبقى الحبيس[2] بالوصية مشروعًا بآية المواريث، وانتسخ بغير الوصيَّة والدَّين.

وقال شريح: «جاء محمَّد ﷺ ببيع الحبيس[3]»(4)، والحبيس في الإسلام هو الوقف، أو يُقال: إنَّه لا تفصيل في الحديث.

وعن علي(5) وعبد الله بن مسعود(6): «لا حبيس إلا في سلاح أو كراع».

وقال ﷺ: «إنَّا معشر الأنبياء لا نورث ما تركناه صدقة»(7)، أي لا تورث

= قال الدارقطني: «لم يسنده غير ابن لهيعة عن أخيه وهما ضعيفان». وقال البيهقي (٦/٢٦٨): «اللفظ إنما يعرف من قول شريح القاضي». وانظر: «نصب الراية» (٣/٤٧٧)، «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/١٤٥).

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] «أ» (الحبس).

[3] «أ» (الحبس).

(٤) رواه محمد بن الحسن في «الأصل» (٣/٣٩٥) عن أبي يوسف عن مسعر بن كدام عن أبي عون عن شريح بهذا اللفظ، ورواه ابن أبي شيبة (٢٠٩٣١)، والبيهقي في «السنن الكبرى» (١١٩١٠) من طريق مسعر عن أبي عون بلفظ: «جاء محمد بمنع الحبس». قال ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/١٤٥): «إسناده إليه صحيح».

(٥) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٩٢٩) عن هشيم، عن إسماعيل بن أبي خالد، عن الشعبي، عن علي ـ بلفظ ـ: «لا حبس عن فرائض الله، إلا ما كان من سلاح أو كراع». قال ابن حجر في «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» (٢/١٤٥): «وأخرجه ابن أبي شيبة عن علي من قوله بإسناد حسن».

(٦) سيأتي تخريجه (في الوصايا).

(٧) رواه البخاري (٣٧١١)، ومسلم (١٧٥٩) من حديث عائشة ﵂: «أن فاطمة بنت رسول الله ﷺ أرسلت إلى أبي بكر الصديق تسأله ميراثها من رسول الله ﷺ، مما أفاء الله عليه بالمدينة، وفدك، وما بقي من خمس خيبر، فقال أبو بكر: إن رسول الله ﷺ قال: لا نورث، ما تركنا صدقة، إنما يأكل آل محمد ﷺ في هذا المال، وإني والله لا أغير شيئا من صدقة رسول الله ﷺ عن حالها=

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

صدقاتنا، لا أنَّه لا تورث أملاكهم التي ليست بوقفٍ، فإنَّ الله تعالىٰ يقول: ﴿وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ﴾ [النمل: ١٦]، وقال زكريَّا ﷺ: ﴿هَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا ۝ يَرِثُنِي وَيَرِثُ...﴾ [مريم: ٥ ـ ٦].

وفاطمة خاصمت إلىٰ أبي بكر في فدك، واستمع أبو بكر إلىٰ خصومتها، ولو كان النَّبي ﷺ لا يورث أصلًا لما صحَّت الدَّعوىٰ.

وتوفي رسول الله ﷺ(١)، ودرعه مرهونة[٢]، ولو كان يصير صدقةً لبطل الرَّهن.

والمعنىٰ علىٰ ما مرَّ: أنَّ الوقف تصدقٌ بالغلَّة لا بالأصل، وقد ذكرنا الإشكال عليه للخصوم ووجه الانفصال.

وأمَّا الأخبار فوردت في الحبس، وبلفظ مطلق الحبس لا يصحُّ الوقف في قولهم جميعًا؛ ولأنَّ الحبس عن فرائض الله حبس بمال الميت عن الإرث، وإنَّه باطل، والوقف ليس بحبسٍ عن الفرائض؛ لأنَّها في مال الميت، وهذا خرج من ماله بالوقف؛ كما يخرج بالإعتاق والصَّدقة الممضاة، فثبت أنَّ المراد به أنواع حبس عن الإرث بقصده الجهاد لا علىٰ سبيل الشَّرع، والله أعلم.

= التي كانت عليها في عهد رسول الله ﷺ، ولأعملن فيها بما عمل به رسول الله ﷺ، فأبىٰ أبو بكر أن يدفع إلىٰ فاطمة شيئا، فوجدت فاطمة علىٰ أبي بكر في ذلك، قال: فهجرته، فلم تكلمه حتىٰ توفيت، وعاشت بعد رسول الله ﷺ ستة أشهر...».

(١) رواه البخاري (٢٩١٦) ومسلم (١٦٠٣) من عائشة ﵂، قالت: «توفي رسول الله ﷺ ودرعه مرهونة عند يهودي، بثلاثين صاعا من شعير».

[٢] «أ» «ص» (مرهون)، والمثبت من «ن».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

|١٤٤٤| **مسألةٌ: قال عامَّة العلماء مجيزي الوقف: إنَّ من شرطه أن يكون المحلُّ عقارًا أو دارًا، ولا يصحُّ وقف المنقول إلَّا في الكراع والسِّلاح بالأثر بخلاف القياس.**

لأنَّ الأصل في الأموال أنَّها خلقت مملوكةً لبني آدم، وكان ينبغي أن لا تقبل التَّعطيل على ملكهم، إلَّا أنَّ الشَّرع عطَّل ملكنا عن المساجد لقربةٍ تعلَّقت بها عائدٌ[١] نفعها إلينا من حيث الثَّواب، فجوَّزنا مثله في وقف الأراضي التي هي حبس المساجد، وعلمنا أنَّها إنَّما تجوز كذلك[٢] فيما يبقى ويتأبَّد، فأمَّا الأموال المنقولة، فما وجدنا فيما أوجب الله إلَّا قربة تقع بتمليك الفقراء، فلم يجز على سبيل التَّعطيل إلَّا تبعًا[٣]. كوقف قريةٍ بثيرانها وعبيدٍ يعملون فيها؛ لأنَّ المنقولة تصير وقفًا تبعًا لعمارة الوقف، فالوقف لا بدَّ فيه من العمارة.

وهذا كما لا يستحقُّ بالإجارة الأعيان؛ إلَّا تبعًا للمنافع؛ كالحبر في الوراقة والخيط في الخياطة ونحوها، فالأصل في إيجاب العبيد من القرب من عندهم مما[٤] لا نجد فيه نصًّا أن نعتبر بما أوجبه الله.

ومن أجازه قاسه على العقار والسِّلاح والكراع، وعندنا ذلك بخلاف القياس. وروينا عن **علي** و**عبد الله بن مسعود** أنَّهما قالا: «لا حبس إلَّا في سلاحٍ أو كراعٍ».

[١] «أ» (عابد)، «ص» (عائدة)، والمثبت من «ن».
[٢] «ن» (ذلك).
[٣] «أ» «ن» (ببقاء)، والمثبت من «ص».
[٤] «ن» (لما).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٤٤٥| **مسألةٌ**: ومن شرط الوقف عند محمد وهلال الرَّازي: أن لا يشرط الواقف لنفسه شيئًا.

وقال أبو يوسف: الوقف صحيحٌ مع شرط الواقف لنفسه.

وكذلك إذا شرط الكلَّ لنفسه ثمَّ للفقراء ينبغي أن يكون على هذا الاختلاف، [وهكذا ذكره أبو جعفر الهندواني.

فأصل الكلام فيما إذا شرط الكلَّ لنفسه ثمَّ للفقراء][١]؛ لأنَّ محمَّدًا يقول: إذا شرط البعض لنفسه، فلم يصح فيه، فيبطل كلُّه؛ لأنَّ الباقي يصير مشاعًا، ووقف المشاع باطل على أصله، وكان كالصَّدقة الخاصَّة إذا استثنى[٢] البعض لنفسه.

واحتجَّ محمَّد وطوَّل الرَّازي الكلام فيه، وجمعته[٣] في حرف؛ وهو: أنَّه إذا وقف على نفسه فقد عطَّل الوقف عن جهة القربة للحال، وما صحَّ تعطيل الملك عن العباد إلَّا للقربة؛ كما في المسجد، فإذا لم يكن في الوقت على نفسه قربة متعلِّقة بالرَّقبة بطل. ألا ترى أنَّ القربة في صرف الخارج إلى وجوه البر، فإذا خلا عنه لم يكن قربةً كالصَّدقة على نفسه لا تكون قربةً.

ومن جعله مسألة مبتدأةً احتجَّ بأنَّ إبطال ملك الأرض [لما][٤] لم يصح إلَّا لقربة تعلَّقت بالخارج، فإذا استثنى لنفسه شيئًا بطلت القربة فيه، فبطل في الكلِّ؛

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (استبقى).

[٣] «أ» «ن» (وجمعت)، والمثبت من «ص».

[٤] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كما في المسجد إذا استثنىٰ من الأرض لنفسه حقًّا لا يكون قربةً ، فأصل هذه القربة المسجد .

ولأبي يوسف: أنَّ الوقف لإبطال الملك في الأصل إلىٰ الله تعالىٰ كما في التَّضحية ، وجعل الأرض مسجدًا ولا شركة[١] في الإبطال ؛ بل أبطل في الكلِّ إلىٰ الله تعالىٰ ؛ لكن الإبطال لا يصحُّ لنفسه ، وإنَّما يصحُّ لقربةٍ تعلَّقت بصرف الخارج من[٢] منفعة أو غلَّة ، وتصرف الغلَّة إلىٰ نفسه جميعها أو بعضها لم يبطل معنىٰ القربة ؛ لأنَّه من أهل ذلك من غيره ، وهذا لما بطل الملك فيه صار خارج تلك الأرض لله تعالىٰ علىٰ الحقيقة ، فصار هو وغيره في ذلك سواء . ألا ترىٰ لو صرف إليه غيره صحَّ ، إنَّما يُفارق هو غيرَه في مال نفسه وغلَّة أرضه ، لا فيما يستحقُّ بالشَّرط ، وهذا كالمسجد ، فإنَّه يصلِّىٰ فيه هو وغيره سواء ، وكذلك السِّقاية والبئر ، له أن يستقي منها كغيره ؛ لأنَّ الاستحقاق ليس بحقِّ الملك ، ما فرق بين المسجد والبئر وبين الأرض إلَّا أنَّ الاستحقاق من الأرض بحقِّ الشَّرط ، ولم يغيِّر شرط تشارك النَّاس . وهذا الفرق ثابتٌ في حقِّ سائر الأغنياء ، فإنَّه لولا الشَّرط لكان للفقراء ، فأمَّا بعد الشَّرط فالاستحقاق من ملك الغير إلا من ملك نفسه ، والله أعلم .

|١٤٤٦| **مسألةٌ:** ومن شرط الوقف عند محمَّد أن يكون المحلُّ مقسومًا ؛ كما في الهبة ، وهذا الشَّرط يبنىٰ علىٰ القبض ؛ كما في الهبة علىٰ ما نذكره[٣] .

---

[١] «أ» «ن» (شرطه) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «أ» (عن) ، والمثبت من «ن» و«ص» .

[٣] «ص» زيادة (كما نذكره إن شاء الله تعالىٰ ، والله أعم) .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فصل الركن

قال أبو يوسف: الوقف يتمُّ بقوله: «وقفت أرضي [هذه][١]» أو «أرضي هذه موقوفة».

وقال محمَّد وهلال الرَّازي: لا يصح.

لأنَّه مجهول، لا يدرى على ماذا[٢] وقف، ومنه ما يصحُّ ومنه ما لا يصح؛ فبطل؛ كما إذا قال: «أرض حبيس» أو: «حبَّستها».

ولأبي يوسف: أنَّ مطلق الوقف ـ في تعارف النَّاس ـ الوقف على جهة القربة والصَّدقة[٣]: فينصرف إليه عند الإطلاق؛ فيصح. كما لو قال: «أرض وقف صدقة[٤]» أو «موقوفة صدقة»؛ بخلاف الحبيس، فإنَّه لا عرف فيه فلا يتقيَّد، وبقي على حقيقته، فصار مجهولًا. ألا ترى أنَّ الوقف فيما بين النَّاس صار كاسم علمٍ على الصَّدقة المؤبَّدة فلا تعتبر حقيقته.

|١٤٤٧| مسألةٌ: وأمَّا إذا قال: «وقفت صدقة» صحَّ عندنا.

إلَّا عند بعضهم؛ فإنَّه لا يصحُّ حتى يقول: «أبدًا» ويذكر جهة قربةٍ[٥] لا

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (ما إذا)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «أ» (أو الصدقة).

[٤] «ص» (أرضي هذه صدقة).

[٥] «ص» (ويذكر مؤبدة).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

تنقطع في الإسلام. قال: لأنَّ وقف المنقول لم يصح؛ لأنَّه لا يحتمل الأبد، فثبت أنَّه ركن الوقف فيما يحتمله.

والجواب عنه: أنَّ الوقف لما كان للإبطال إلىٰ الله تعالىٰ وقع مؤبَّدًا ذكر أو لم يذكر؛ كالإعتاق، وكذلك إن لم يذكر المساكين؛ لأنَّه لما ذكر الصَّدقة تعين المساكين مصرفا بنصِّ الكتاب.

|١٤٤٨| **مسألةٌ: قال أبو يوسف**: الوقف يصحُّ بلا تسليم.

وقال محمَّد: تمامه بالقبض كالصَّدقة.

واحتجَّ بأنَّ الوقف صحَّته بلفظ الصَّدقة إمَّا اقتضاء وإمَّا إفصاحًا، وتمام[1] الصَّدقة بالقبض.

دلَّ عليه: أنَّ الصَّدقة الخاصَّة مجمعٌ عليها، وهذا فيه اختلاف، فلمَّا لم يصح المجمع عليه إلَّا بالقبض فهذا أولىٰ. وكذلك المسجد ـ علىٰ أصله ـ لا يتمُّ إلا بالتَّسليم، وذلك بالصَّلاة فيه، والخان بالنُّزول فيه، والسِّقاية بالشُّرب منها.

بخلاف الإعتاق؛ لأنَّ الإنسان في يد نفسه، ومستحقٌّ حقوقه، فإذا بطل الرِّق[2] جاء اليد والاستحقاق، فلم يحتج إلىٰ يدٍ أخرىٰ.

ولا كذلك الجمادات؛ فإنَّها لا تصلح مستحقَّة ولا صاحبة يدٍ، فلم يكن بدٌّ من يد مستحقَّة لتخلف الأولىٰ، فتبقىٰ محفوظة بالعباد كما خلقت علىٰ أيِّ وجهٍ صارت.

---

[1] «أ» (وإتمام)، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] «ص» (الوقف).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأبي يوسف: أنَّ هذه الصَّدقة لما تمَّت بالإبطال دون التَّمليك فارقت الصَّدقة الخاصَّة، وأشبهت الطَّلاق والعتاق والإبراء عن الدَّين، وعلم أنَّ اليد كانت شرطًا لتمام عقد التَّمليك، فلم يجز قياس[1] الإسقاط عليه؛ بل وجب الرَّد إلىٰ الإسقاطات.

فأمَّا قوله: «فالأموال لا تبقىٰ محفوظةً إلَّا بأيدي العباد» فصحيح، وهي محفوظة بيد الواقف إذا لم يفوِّض الأمر إلىٰ متولٍّ.

ومن النَّاس من احتجَّ بصدقة عمر: أنَّ النَّبي ﷺ لم يأمره بالتَّسليم إلىٰ المتولِّي، لكن عمر رضي الله عنه سلم إلىٰ حفصة، وجعلها متولية، فالظَّاهر أنَّ النَّبي ﷺ كان علم[2] ذلك.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما: «إذا أعلمت الصَّدقة جازت»(٣)، ولن يجوز إلَّا الوقف، وشبهة محمَّد أنَّ الإزالة في باب الوقف بلفظة الصَّدقة، والشَّرع لم يجعل هذا اللَّفظ عاملًا إلَّا بالقبض.

والجواب عنه: نعم، إذا أريد به التَّمليك فكذلك، فأمَّا في الإبطال فيعمل كما إذا تصدَّق بالدَّين علىٰ غريمه أو وهب، والله أعلم.

---

[١] «أ» (قياسا).

[٢] «أ» «ن» (علمه)، والمثبت من «ص».

(٣) لم أقف عليه مرويا عن ابن عباس رضي الله عنهما، وروىٰ عبد الرزاق (١٦٥٩٥) عن الثوري، عن جابر، عن القاسم بن عبد الرحمن، أن عليا، وابن مسعود كانا «يجيزان الصدقة وإن لم تقبض».
وروىٰ عبد الرزاق أيضا (١٦٥٩٦) عن إبراهيم النخعي أنه قال: «إذا أعلمت الصدقة فهي جائزة، وإن لم تقبض».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فصل الحكم

قال أبو حنيفة: حكم الوقف حبس الملك على الواقف وتسبيل الثَّمرة[١].

وقال أبو يوسف ومحمَّد وعامَّة[٢] مجيزي الوقف: إنَّ حكمه إبطال ملك الأصل، والحبس لله على ما مرّ، وصرف الثَّمرة إلى وجوه القرب المعلومة.

وقال الشَّافعي ـ في قول ـ: الأرض تصير ملكًا للموقوف عليه(٣).

لأنَّه صدقة عليه؛ لكن يشترط أن لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث.

ولعامَّة العلماء: أنَّ النَّبي ﷺ قال لعمر حين علمه الوقف: «حبِّس أصله وسبِّل ثمرته»(٤).

ولأنَّ الأصل لو صار ملكًا للموقوف عليه لما صح شرطه؛ كما في الصَّدقة الخاصَّة، وكيف يصحُّ، والثَّمرة بعد ذلك تخرج على ملك المتصدق عليه؟ فكيف يصحُّ شرطه في ملكه[٥]؟ فأمَّا الشَّرط في ملك اليد لله تعالى فصحيحٌ[٦] على سبيل الخلافة عن الله تعالى؛ ولأنَّ الوقف ماله أصل إلَّا المسجد، ولن يصحَّ إلا بإبطال[٧] ملكها عنه من كلِّ وجهٍ.

---

[١] «أ» «ن» (بالثمرة)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (وعليه).

(٣) انظر: «اللباب في الفقه الشافعي» (ص: ٢٩٤)، و«الحاوي الكبير» (٧/٢٣٤).

(٤) سبق تخريجه.

[٥] «ص» (ملك العين).

[٦] «ص» (في ملك الله فصحيح).

[٧] «ن» (الإبطال).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٤٤٩| مسألةٌ: وأمَّا إذا وقف علىٰ أنَّه بالخيار ثلاثة أيَّام، فقد روي عن أبي يوسف في الإملاء: أنَّ الوقف صحيحٌ، والشَّرط صحيح.

وقال هلال الرَّازي في وقفه: الوقف باطل، والشَّرط باطل.

وقال يوسف[١] بن خالد السمني: الوقف جائز، والشَّرط باطل.

احتج هلال: بأنَّ الآثار جاءت في الوقف بأن لا يُباع ولا يُوهب ولا يُورث أبدًا، وشرط الخيار يناقض هذا الوضع. ولا يُقال بأنَّ الشَّرط يبطل؛ لأنَّ شروط الواقف معتبرة في مصارف الغلَّة، ففي أصل الوقف أولىٰ.

بخلاف المسجد فإنَّه يصحُّ، ويبطل الشَّرط؛ لأنَّ شرطه لا يصحُّ فيمن يصلِّىٰ فيه.

ووجه ما ذهب إليه يوسف بن خالد: أنَّ الوقف ممَّا لا يحتمل الفسخ بعد صحَّته، فلا يقبل الخيار، ولا يبطل به؛ كالنِّكاح، والخلع[٢]، والصُّلح عن دم العمد، ونحوها؛ بل هذا أولىٰ أن لا يبطل؛ لأنَّ هذا إسقاطٌ لا يحتمل الفسخ؛ كالطَّلاق والعتاق والمسجد، وكذلك إذا اعتبر بالصَّدقة الخاصَّة يبطل الشَّرط، وتصحُّ الصَّدقة.

واحتجَّ الفقيه أبو جعفر الهندواني: أنَّ الوقف ممَّا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فيقبل الخيار؛ قياسًا علىٰ البيع، والرَّهن، والإبراء عن الدَّين؛ فإنَّه يرتدُّ برد الغريم.

---

[١] «أ» (أبو يوسف)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (كالخيار في الخلع).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وإنَّما قلنا: الوقف يحتمل الفسخ؛ لأنَّه يفسخ بحقِّ الشَّفيع إذا كان اشترىٰ دارًا فوقفها.

وكذلك المريض إذا وقف ـ وعليه دينٌ ـ يصحُّ، ثمَّ يبطل بحقِّ الغرماء.

بخلاف العتق وما ذكر من العقود، فإنَّها لا تحتمل الفسخ أصلًا، والنِّكاح لا يحتمل الفسخ إلَّا بخللٍ وقع في ولاية العاقد، فلم يلتزم[١] وقوعه للخلل[٢] في الولاية، فأمَّا بعد النَّفاذ[٣] بتمام الولاية فلا يحتمله ـ علىٰ ما بيَّناه في موضعه ـ؛ ولكن يُقال: إنَّ الوقف إنَّما يبطل لخللٍ في ولاية الفاعل بحقِّ الغير في المحلِّ، وكذلك المسجد يبطل بحقِّ الشُّفعة.

قال الفقيه أبو جعفر: ويُقال ـ علىٰ مذهب محمَّد ـ الوقف صحيحٌ، والشَّرط باطلٌ، وإنَّه أقوىٰ الوجوه اعتبر بالصَّدقة الخاصَّة أم بالإبطال؛ ولأنَّ الخيار ليروىٰ[٤] رأيه في الموافقة ونفي العيب[٥] عن نفسه، وإنَّه لا يتصوَّر في التَّبرعات[٦].

قال الفقيه أبو جعفر: وإذا كان الخيار مجهولًا صحَّ الوقف وبطل الشَّرط في قول أبي يوسف، ولا فرق بين المسألتين في منع نفاذ العقد لو كان يقبله [الواقف][٧].

---

[١] «ن» (يبرم).
[٢] «ص» (تحلل).
[٣] «ص» (انعقاده).
[٤] «ص» (أروىٰ).
[٥] «أ» «ن» (العين)، والمثبت من «ص».
[٦] «ص» (المبايعات).
[٧] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

ووجه آخر لأبي يوسف: أنَّ النّكاح والطَّلاق والعتاق جدُّها جد وهزلها جد، وينفذ مع الرضىٰ والكره، فكذلك مع استثناء الخيار، فإنَّ الخيار متىٰ استثني بقي تصرفًا بلا رضًىٰ، فأمَّا الوقف فلا يصحُّ مع الكره، فكذا مع الخيار، وكذلك لا يصحُّ هزلًا، ويجب أن يقع الفرق بين الخيار المعلوم والمجهول كالبيع، سواء في أن لا يلزم إلَّا أنه يكون جائزًا مع المعلوم فاسدًا مع المجهول، والله أعلم.

|١٤٥٠| **مسألةٌ**: الوقف إذا تعطَّل عن أهله مسجدًا كان أو غيره لا يعود إلىٰ ورثة الواقف عند أبي يوسف.

وقال محمَّد: يصير ميراثًا، والرِّواية في المسجد.

قال[١] محمَّد: لأنَّ إبطال الملك عن الأرض لا يجوز لنفسه لأنها[٢] خلقت لنا؛ لكن لقربة[٣] كانت تعلَّقت بها ليكون لنا دِينًا إن لم يكن لنا دُنيا، فإذا وقف[٤] النَّاس عن الصَّلاة فيه بطل الوقف؛ كما في الابتداء إذا وقف لا لقربة.

وأمَّا أبو يوسف فإنَّه يقول: بأنَّ الوقف لمَّا كان يصحُّ علىٰ طريق إبطال ملكه عن البقعة لقربة، فإذا تمَّ الإبطال ونفذ من كلِّ وجهٍ لم يحتمل النَّقض كالإبراء إذا تمَّ بالقبول، والعتق والطَّلاق وجميع الإسقاطات، والقربة كانت شرطًا ليصحَّ الإسقاط، وما يعتبر شرطًا لصحَّة التَّصرف لا يشترط لبقائه، ولا يُعتبر.

[١] «أ» (وقال).
[٢] «أ» «ن» (إنَّما)، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (القربة).
[٤] «ص» (رفع).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

هل يجوز أن يُقال: إنَّ الكعبة تُتَملَّك ؟

وعذر محمَّد: أنَّ الكعبة لا تخرج عن تعلُّق القربة، فإنَّها قبلة الصَّلاة للمسلمين، والإسلام باقٍ إلىٰ يوم القيامة، وأداء الحجِّ متعلِّق به لا ينسخ بحالٍ.

وأبو يوسف يقول: إنَّ المسجد يبقىٰ موضع الصَّلاة، وموضعًا يتعلَّق به صحَّة الاعتكاف، وإن أعرض النَّاس عن الصَّلاة فيه؛ كالكعبة ربَّما يعرض النَّاس عن[١] الصَّلاة إليها فعلًا؛ ولكن كونها قبلةً لا تتبدَّل ولا تحتمل النَّسخ بعد النَّبي، فما قاله أبو يوسف قياس، وما قاله محمَّد استحسان، والله أعلم.

|١٤٥١| مسألةٌ: إذا وقف علىٰ أنَّ له أن يبيعها[٢] بأرضٍ أخرىٰ، فتكون وقفًا مكان الأولىٰ صحَّ الوقف والشَّرط في قول أبي يوسف وهلال.

وفي قول يوسف بن خالد: الوقف جائزٌ والشَّرط باطلٌ كالعمرىٰ؛ لأنَّه مشبهٌ بالصَّدقة المملوكة.

وقال بعضهم: الوقف باطلٌ؛ لأنَّ من شرطه التأبد[٣]، ومتىٰ استثنىٰ بيعه[٤] لم يتأبَّد الأوَّل؛ لأنَّه يصير ملكًا لمشتريه، وأشبه هذا ما إذا وقف شهرًا ثمَّ يكون ملكًا بعد الشَّهر يعود إليه.

بخلاف شاهدين شهدا لرجلٍ بملك أرضٍ موقوفةٍ، وقضي بها، ثمَّ رجعا،

[١] «أ» «ن» (إلىٰ)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (يبيعه)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (التمام).

[٤] «ص» (ومن استثنىٰ لنفسه).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فإنَّهما يضمنان قيمة الأرض، وتشترىٰ بها أرض، فتصرف إلىٰ مصارف الأولىٰ؛ لأنَّ الأولىٰ موقوفةٌ، كذلك لا تبطل بالقضاء، ولم تملك بالضَّمان، حتىٰ لو أقرَّ الأوَّل بالوقفيَّة استردَّت منه، وكان بمنزلة المدبَّر يغصبه[١] غاصبٌ ويضمن، فإنَّه لا يملك المدبَّر.

ولأنَّ من شرط الوقف المأثور[٢] أن لا يُباع، ولا يُوهب، [ولا يورث][٣].

ووجه ما ذهب إليه أبو يوسف: أنَّ هذا الشَّرط في ظاهره إبطالٌ للوقفيَّة علىٰ ما قاله. وفي المعنىٰ: استبدال[٤] لأرض الوقف بالأصلح واستغلال؛ لأنَّ الأرض قد تخرب فلا تغلُّ[٥] إلَّا بمؤونة تربىٰ علىٰ قيمتها، فيكون إحياؤها بالاستبدال بأخرىٰ، وإنَّه بابٌ متعارفٌ من مستغلي الأرض، فصار هذا الشَّرط شرط استنماء وعمارة وإحياء للأرض الموقوفة؛ لا إبطالًا.

واحتجَّ هلال بمسألة الشَّاهدين فقال: لمَّا جاز بغير شرط حوالة وقفيَّة هذه[٦] الأرض إلىٰ أخرىٰ ببدل الأولىٰ جاز مثله شرطًا؛ لأنَّ شرط ما يجب بغير شرطٍ لا يوجب إفساد العقود.

والجواب عن قولهم: «إنَّ في هذا إبطالًا للوقفيَّة عن الأول[٧]» أنَّه في

[١] «ص» (بعضه).
[٢] «ص» (المأمور).
[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (اشتراك).
[٥] «أ» (تعمل)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٦] «أ» «ن» (هذا)، والمثبت من «ص».
[٧] «ص» (الأولىٰ).

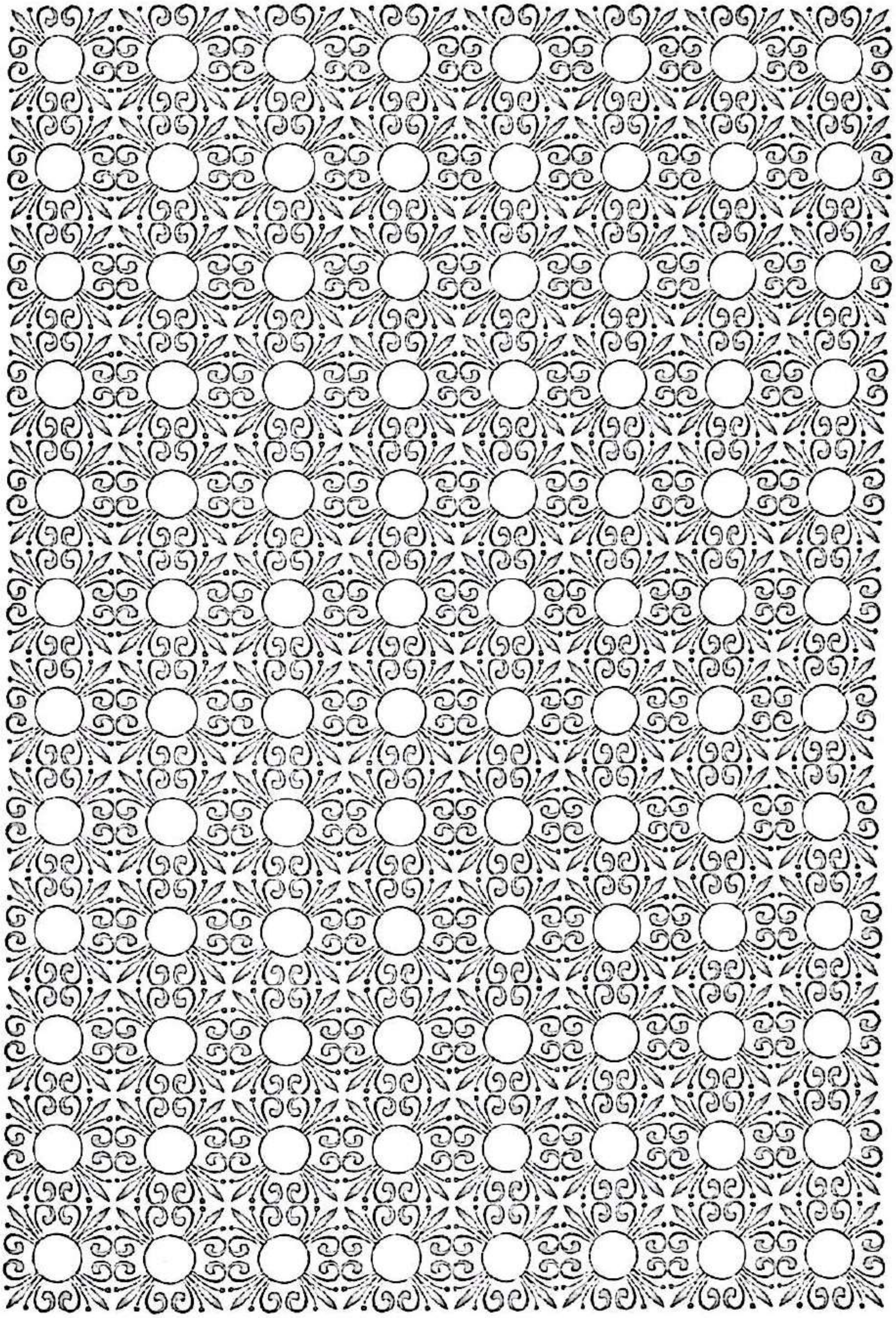
CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

المعنىٰ إحياءٌ علىٰ ما قلنا ، لكن علىٰ سبيل الحوالة إلىٰ آخر ، كالعبد المبيع أو المرهون[1] يقتله عبدٌ آخر ، فيدفع به قبل قبض الأوَّل ، فإنَّ الثَّاني يصير مبيعًا ومرهونًا بلا عقدٍ علىٰ سبيل الحوالة ، وبدل الصَّرف لا يجوز الاستبدال به ، ويجوز اشتغال ذمَّةٍ أخرىٰ علىٰ سبيل الحوالة ، والله أعلم.

تمَّ كتاب الوقف.

[1] «ص» (الموهوب).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner



الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كتاب الوصايا[١]

مسائل الوصايا التي اختلف فيها:

فَصْــلٌ

الموصى إليه

|١٤٥٢| مسألةٌ[٢]: وصي الأب أولى من الجدِّ[٣] أب الأب.

خلافاً لبعض النَّاس فإنَّهم يقولون: الجد أَوْلى؛ لأن الجد يلي بولاية الأبوَّة(٤).

بدلالة: أن الولاية تثبت له بلا تولية؛ كالأب، فيكون أَوْلى من الوصي الذي لا أبوَّة له. ألا ترى أنه أَوْلى منه في النكاح.

إلا أنَّا نقول: ولاية التصرُّف في المال تبتنى على كمال الرأي والشفقة حتى لم[٥] تثبت للأم لقصور رأيها، ولا للأخ لقصور شفقته؛ وهذا لما يجري فيه من المعاينات[٦] الخفية التي لا تستدرك إلا بكمال الرأي، والخيانات الخفية التي لا يؤمن وقوعها قصداً إلا بكمال الشفقة، والأب هو الأصل فيهما في حقِّ ولده،

---

[١] الترجمة ليست في «ص».

[٢] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (جد)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٤) وهو مذهب المالكية، انظر: «التوضيح» لخليل (٦/٢٤١)، «المختصر الفقهي» لابن عرفة (٦/٤٥٧).

[٥] «أ» «ن» (لا)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» (المغايبات)، ولم تضبط في «ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

والجد دونه في الشفقة بكثير، فيصير مختار الأب أَوْلىٰ؛ لأنه لو لم يعلَم تقدُّمه علىٰ الجد في أداء الأمانة والبعد عن الخيانة لما اختاره علىٰ أب نفسه، وفيه ضرب إيحاشٍ[١] للأب وبخس[٢] بالولد لو كان الجد آمن[٣]، فيصير الجد محجوبًا به؛ كما كان بالأب نفسه.

بخلاف الإنكاح؛ لأن الإيصاء به لا يصحُّ أصلًا، وإن لم يكن ثَمَّ وليٌّ أصلًا من الأقارب؛ خلافا لمالكٍ[٤]؛ لأن وهم الخيانة[٥] بقصور شفقته أو بفسق لا يسلب ولاية النكاح؛ فإنه يثبت للأخ الفاسق علىٰ الصغير عندنا؛ فلا يتقدم مختار الأب عليه لكونه آمن[٦]، وإذا لم يتقدَّم صار الأخ هو الوليُّ؛ كما لو لم يوصِ.

وهذا كما نقول: القاضي الذي هو مختار الشَّرع أَوْلىٰ من الأخ في مال الصَّبي، والأخ أَوْلىٰ منه في الإنكاح.

|١٤٥٣| مسألةٌ: الوصيُّ يملك أن يوصيَ عندنا.

وقال الشَّافعي: لا يملك(٧).

---

[١] «أ» (انحاش)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ص» (ويحسن).

[٣] «ص» (أمينا). «أ» (آمره)!

[٤] «أ» (للمالك)، والمثبت من «ن» و«ص». وانظر: «الإشراف علىٰ نكت مسائل الخلاف» (٢/٦٩٠).

[٥] «أ» (الجناية).

[٦] «ص» (أمينا). «أ» (آمره)

(٧) انظر: «مختصر المزني» (٨/٢٤٦)، و«المهذب» للشيرازي (٢/٣٦٤).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ

لأنَّ الوصيَّ يتصرَّف بأمر الميِّت، والمتصرِّف عن أمرٍ لا يملك أن يأمر غيره ـ كما أُمر هو به ـ، كالوكيل لا يملك التَّوكيل بنفس الأمر، والشَّريك لا يملك أن يشارك، والمضارب لا يملك أن يضارب؛ لأنَّهم يتصرَّفون عن أمرٍ. وهذا لأنَّ المأمور إنَّما ينفذ تصرُّفه إذا وافق الأمر، والموافقة[١] في الائتمار بما أمر؛ لا التَّفويض إلىٰ غيره.

إلَّا أنَّ الوكالة تبطل بالموت وبجنون الموكل، فكذلك غرض[٢] الموكل؛ لأنَّ المقصود من الأمر التَّصرف به علىٰ سبيل النِّيابة عنه، وإنَّما صحَّ الأمر بولايته، فكذلك البقاء؛ لأنَّ الغرض به الائتمار بإنابته[٣]، والائتمار ابتداء معنىٰ يكون كلَّ ساعةٍ، وأمَّا إذا أضاف إلىٰ ما بعد الموت ـ وهي حالة انقطاع ولاية حياته ـ لم تصحَّ بناءً علىٰ هذه الولاية ليبطل ثبوتها[٤]؛ بل صحَّت علىٰ ما تصدَّق الله عليه من الولاية بعد الموت ليستدرك بالأمر حوائجه؛ كما تصدَّق عليه بثلث المال بعد الموت ليتدارك به البخل بماله حال كونه مالكاً حقيقةً[٥]، ولمَّا صحَّ بناءً عليه لم يبطل بانقطاع ولاية الحياة.

ونظيره: لو وهب فمات قبل التَّسليم بطل؛ لأنَّه بعدُ علىٰ ملك حياته وزال بالموت، ولو أوصىٰ بأن يوهب لفلان بعد موته صحَّ[٦]، ويجب تنفيذه؛ لأنَّه أضافه إلىٰ ما تصدَّق الله عليه بعد موته.

[١] «ن» (والموافق).
[٢] «أ» «ن» (وكذلك يتغيَّر بمرض)، والمثبت من «ص».
[٣] «ص» (... فيه الائتمار بإثباته).
[٤] «ص» (فتبطل بفواتها).
[٥] «ص» (التحلل بماله خالف).
[٦] «أ» «ن» (صحت)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولذلك يصحُّ بقوله[١]: «أوصيت إليك ما بعد[٢] موتي» أو «في مال ولدي»، ولا يصحُّ التَّوكيل بمثله؛ لأنَّ التَّوكيل مبني على الخصوص؛ لأنَّ الرَّجل حيٌّ متصرِّف؛ ولكن ربَّما وكَّل بما يستعين بغيره في أمرٍ خاصٍّ، فلا يثبت ما لم يعلمه ضرب إعلام يمكن البناء عليه.

فأمَّا الإيصاء فإنابة[٣] بعد الموت وعجزه عن مطالبة[٤] حوائجه وافتقاره إلى قضائها، فيصير مبنيًّا على العموم، والعموم في نفسه معلومٌ؛ ولكن ربَّما يجهل مقداره الوصي والسَّامعون.

وهذا كما قيل: إنَّ الوكيل بالشِّراء لا يملك إلَّا مرَّةً واحدةً، والمضارب يشتري مرَّةً بعد أخرى؛ لأنَّ التَّوكيل خاصٌّ، فإذا اشترى انتهى الأمر، والمضاربة أمرٌ بالشِّراء للرِّبح؛ وذلك إنَّما يحصل بالفعل مرَّةً بعد أخرى.

ولهذا قلت: الوصيُّ في نوعٍ خاصٍّ لا يتصرَّف فيما عداه كالوكيل؛ لأنَّهما يتصرَّفان بأمرٍ، فلا تثبت الولاية فيما عدا الأمر.

ولنا: أنَّ الميِّت؛ كما أوصى إليه فقد أذن [له][٥] بالإيصاء إلى غيره ـ إن مات ـ دلالةً، ولو أَذِنَ به إفصاحاً مَلَكَ أن يوصي، فكذلك إذا ثبت دلالةً.

وإنَّما قلنا: ثبت [دلالةً][٦]؛ لأنَّه اختاره[٧] لإقامة حقوقه، لتكون

[١] «أ» «ن» (وكذلك يصح قوله)، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (بأموري بعد).
[٣] «أ» «ن» (إنابة)، والمثبت من «ص».
[٤] «ص» (مطالعة).
[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «أ» (اختياره)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

موفَّاةً[١] برأيه مع علمه [بأنَّه][٢] ربَّما يموت قبل إيفَائها ، فلا يتصوَّر الإيفاء برأيه إلَّا بالإيصاء إلىٰ غيره[٣] ـ ليكون الموفىٰ برأيه ـ وإن لم يكن الإيفاء برأيه.

بخلاف الوكيل ، فإنَّه ما عاش قدَر علىٰ الإيفاء بنفسه ، وإن مات رجع الأمر إلىٰ الموكِّل نفسه ، فيختار لنفسه من شاء بعد الأوَّل ، فلم يكن في التَّوكيل دلالة التَّفويض إلىٰ غيره ، فكذلك الشَّريك والمضارب علىٰ هذا.

دلَّ عليه: أنَّا لو لم نصحِّح إيصاء الوصيِّ احتيج إلىٰ رضا[٤] القاضي ، والميت[٥] قدَّم رأي الوصيِّ علىٰ القاضي فيما ينظر له ، ومتىٰ لم يصح به توكيل الوكيل وكَّله الآمر بنفسه ، والله أعلم.

|١٤٥٤| مسألةٌ: إذا أوصىٰ في شيءٍ خاصٍّ صار وصيًّا في الأشياء كلِّها عندنا.

خلافاً للشَّافعي(٦).

لأنَّا لو لم نعُمَّ ولايته احتجنا إلىٰ نصب وصيٍّ آخر فيما بقي من الحقوق ، فصار الذي اختاره الميِّت في نوعٍ أوْلىٰ من مختارٍ غيره.

❊ فإن قِيلَ: يُحتمل أنَّه خصَّه بذلك لفرط هدايته فيه.

[١] «ص» (مؤدَّاة).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» (ليكون الموفىٰ برأيه إلا بالإيصاء إلىٰ غيره) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٤] «أ» «ن» (وصيٍّ) ، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» «ن» (والمالك) ، والمثبت من «ص».
(٦) انظر: «المهذب» للشيرازي (٢/٣٦٤).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

۞ قُلنَا: إنَّ الوصيَّ في نوعٍ[١] كالوصيِّ بالتَّصرف في عين مال اليتيم إذا باع بثمنٍ صار المال ديناً، ثمَّ إذا اشترىٰ يصير عينًا، فيعمُّ العين والدَّين بنوعٍ واحدٍ، وكذلك يبيع الثَّوب بما شاء من الأعيان، فيصير جنسًا آخر إلىٰ أن يجعله أيَّ مالٍ شاء.

فثبت أنَّ التَّخصيص ليس للقصر علىٰ مالٍ واحدٍ؛ ولكن لأنَّه كان أهم إليه فخصَّه، أو نسي الدَّين فخصَّ العين.

ولأنَّ للوصي أن يوكِّل مهتدياً في الباب، فثبت أنَّه خصَّه؛ لأنَّه كان أهمَّ إليه، أو لم يتذكر غيره تلك السَّاعة.

|١٤٥٥| **مسألةٌ:** وإذا أوصىٰ إلىٰ رجلٍ في بعضٍ، وإلىٰ آخر في بعضٍ= صار كلُّ واحدٍ وصياً عامًّا استحسانًا.

وقال محمَّد: إنَّ لكلِّ واحدٍ ولايةً خاصَّةً.

لأنَّها تثبت بتوليته، والتَّولية خاصَّة لكلِّ واحدٍ.

بخلاف الفصل الأوَّل؛ لأنَّه يحتاج إلىٰ وصيٍّ آخر، فيقدَّم مختار الميت علىٰ غيره، فأمَّا ههنا فكل واحدٍ مختار الميِّت بالنَّص، فلم يحتج إلىٰ زيادة بالدَّلالة[٢].

كما إذا أوصىٰ إلىٰ رجلٍ ـ ما لم يَقْدُم فلان؛ فإذا قدم فلان فهو الوصيُّ ـ، أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يكون وصيًّا في وقته المنصوص عليه.

---

[١] «أ» (إن الوصي في نوع كالوصي في نوع)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (الدلالة)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولنا[١]: أنَّ الوصيَّة إليه في بابٍ أوجب التَّعميم لما ذكر محمَّد، ولمعنى آخر: وهو[٢] أنَّ الميِّت أقام هذا مقام نفسه في نقل الولاية إليه، ثمَّ ثبوت ولاية التَّصرف لإنسانٍ لا يختصُّ ببعض المال دون البعض ممَّا يقبل التَّصرف، فكذلك لا يختصُّ به في حقِّ الموصى إليه؛ لأنَّها تلك[٣] الولاية بعينها.

والدَّليل على أنَّ الإيصاء نقلٌ، أنَّه أضافه[٤] إلى حال الموت التي تنتهي فيها ولايته وملكه، فلا يكون تصريفًا للغير تحت أمره، فلا أمر له. ألا ترى أنَّ الوكيل لمَّا كان يتصرَّف بأمرٍ بطل بجنون الموكل وذهاب ولايته في الأمر. ألا ترى أنَّه إذا أوصى بماله ثبت للموصَى له على سبيل النَّقل إليه حتى يثبت[٥] الملك له بلا قبولٍ منه؛ كالإرث، ويثبت في الشَّائع وبما[٦] يخرجِ نخله من الغلَّة، إلَّا أنَّه لا يلزم الموصى له؛ لأنَّه لا ولاية له عليه فيرتدُّ بردِّه، فأمَّا في حقِّ الموصي والإيجاب فهو نقلٌ بالوصيَّة. فكذلك الولاية؛ لأنَّ الله تعالى تصدَّق عليه بإبقاء حكم المالكيَّة[٧] بعد الموت في حقِّ التَّدارك بالوصيَّة أمره على سبيل إقامة خلَفٍ عن نفسه يقوم مقامه فيما كان له، والولاية التي للإنسان في أملاكه وحقوقه من المالكيَّة، فيملك النَّقل إلى من شاء، وإذا كان كذلك لغا التَّبعيض من كلامه، وصار كما لو أوصى إليهما مطلقاً؛ كالكتابة لما لم تحتمل التجزِّي[٨] في حقِّ

---

[١] «ص» (ولهما).
[٢] «أ» (والمعنى أن).
[٣] «ص» (تملك).
[٤] «أ» «ن» (أضاف)، والمثبت من «ص».
[٥] «ص» (لا يثبت).
[٦] «أ» (ولا)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٧] «ص» (المالية).
[٨] في الأصول (التحري)، والمثبت هو الأنسب للسياق.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الأكساب قيل: إذا كانت على نوعٍ يصير مكاتباً في الأنواع كلِّها، وكذلك الإذن في التِّجارة على مذاهبنا.

بخلاف الوكيل لأنَّه قام مقام الآمر في مباشرة ذلك التَّصرف؛ لا نفس الولاية، فالولاية باقيةٌ للآمر، وبها يبقى أمره صحيحًا، والمباشرة تخصُّ ولا تعمُّ.

بخلاف قوله: «أنت وصيِّي ما لم يَقْدُم فلان، فإذا قدم فهو الوصيُّ»؛ لأنَّ هذا توقيت، ونحن لم نقل: إنَّ الوصيَّة لا تقبل التَّوقيت. إنَّما قلنا: لا تقبل التَّخصيص.

ولأنَّه جعل للأوَّل ولايةً بشرط عدم الآخر، فكان بدلاً عنه، فلم يجتمعا؛ ولهذا قال علماؤنا ﵏: لا يصحُّ الإيصاء إلى ذميٍّ؛ لأنَّ فيه نقل الولاية إليه، ولا يجوز ثبوت الولاية للكافر على المسلم.

بخلاف الوكيل لأنَّه أمرٌ وتصريفٌ تحت رأيه.

وبخلاف الإيصاء له بماله؛ لأنَّه يتصرَّف بحكم ملكه، ويملك ملكًا مبتدأً؛ لا بحكم الولاية على المسلم. ألا ترى أنَّ أحكام ملك الميِّت تنقطع بالوصيَّة؛ كما لو وهب له، فالملك بالوصيَّة في حقِّ الميِّت نقلٌ كالإرث، وفي حقِّ الموصى له ملكٌ مبتدأٌ كالهبة، فلم يكن تحت ذلك إثبات ولاية على المسلم؛ كما لو وهب له في حال حياته.

|١٤٥٦| **مسألةٌ**: إذا أوصى إلى رجلين لم يملك أحدهما التَّفرد بالتَّصرف إلَّا في ستَّة أشياء: تجهيز الميِّت، وقضاء الدَّين بجنس حقِّه، وشراء ما لا بدَّ

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

للصَّغير منه، وبيع ما يسرع إليه الفساد عند عدم الآخر، وردُّ الغصب والوديعة والخصومة.

وقال أبو يوسف: يملك التَّفرد به؛ لأنَّ التَّصرف ثابتٌ بولايةٍ متنقِّلةٍ. وقد ذكرنا أنَّ انتقال الولاية لا يقبل التَّجزِّي.

دلَّ عليه: أمةٌ بين رجلين جاءت بولدٍ فادَّعياه حتىٰ صارا أبوين، فإنَّ الخلاف ثابتٌ فيه، ولا إشكال أنَّ ولاية الأبوَّة لا تقبل التَّجزِّي. ألا ترىٰ أنَّ كلَّ واحدٍ منهما يملك التَّفرد بالإنكاح.

إلَّا أنَّا نقول: لمَّا أوصىٰ إليهما، وفوَّض الأمر إلىٰ رأيهما، وإنَّه بابٌ يحتاج فيه[1] إلىٰ الرَّأي صار الجمع معتبرًا، ولمَّا اعتبر صارا جميعًا قائمين مقامه، ورأياهما علىٰ الشَّركة قائمين مقام رأيه، فلا يملك أحدهما التَّفرد لعدم العلَّة. كرجلين أعتقا أمةً لا يملك أحدهما التَّفرد بالإنكاح؛ لأنَّ الولاية بالولاء، والولاء بينهما بالإعتاق، والإعتاق مضافٌ إليهما؛ لا إلىٰ كلِّ واحدٍ منهما، فقاما جميعًا مقام الوليِّ[2]، ولم يكن أحدهما وليًّا لعدم العلَّة، وأمَّا الأبوان علىٰ الحقيقة فلا يتصوَّران، فالمرأة لا تعلق إلَّا من نفسٍ واحدةٍ. ولكن لمَّا التبس الأمر علينا قضينا بأحكام الأبوَّة بينهما من: النَّفقة والحضانة والإرث وغير ذلك، فعمل القضاء في إثبات الشَّركة فيما يقبل الاشتراك في الجملة؛ كولاية التَّصرف في المال والنَّفقة والإرث، فإنَّها تثبت لشخصين بعد الأبوين علىٰ الشَّركة، ولم تثبت فيما لا يقبل الاشتراك؛ كولاية الإنكاح، فإنَّها إذا ثبتت لشخصين ثبتت لكلِّ شخصٍ كمَلاً.

---

[1] «أ» (فيه إليه إلىٰ)، «ن» (إليه إلىٰ)، والمثبت من «ص».

[2] «ص» (الوصي). «أ» (المولىٰ)

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

ولا يلزم الأشياء السِّتَّة؛ أمَّا قضاء الدَّين بجنس الحقِّ، وردُّ الغصب والوديعة؛ فلأنَّ صاحبها يملك الأخذ بغير تسليم أحدٍ، والوكيلان بالخصومة يملكان التَّفرد، ولا يتركان يجتمعان عليهما لو اجتمعا؛ فكان كولاية الإنكاح. وبيع ما يسرع إليه الفساد يجوز[1] لغير[2] الوصيِّ إذا لم يجد قاضيا أو وليًّا يرجع إليه؛ فأحد الوصيين أولىٰ. وشراء ما لا بدَّ للصَّغير منه، وتجهيز الميِّت يملكه وصي الإمام وما له ولاية تصرُّف لحق ولاية الحفظ والتحصين، ولكل واحد منهما ولاية الحفظ والتَّحصين علىٰ الانفراد، والله أعلم.

[١٤٥٧] مسألةٌ: إذا أوصىٰ إلىٰ عبده والورثة صغار صحَّ عند أبي حنيفة.

وقالا: لا يصحُّ.

لأنَّ الوصيَّ يكون بعد موته، وبعد موته يكون العبد لغيره، فصار إيصاءً إلىٰ عبدٍ غيره؛ فلا يصحُّ. كما إذا أوصىٰ إلىٰ عبدٍ أجنبيٍّ أو كان في الورثة صغار أو كبار؛ وهذا لأنَّ الوصيَّ إنَّما يتصرَّف علىٰ سبيل أن تكون العهدة عليه وله؛ لا سبيل الرِّسالة، والعبد لا يلحقه حكم عهدة التَّصرفات بغير إذن مولاه أو النَّائب عنه؛ والميِّت ليس بنائبٍ عن الورثة، وإنَّما يتصرَّف بحكم ملكه، فإذا أضاف إلىٰ انقطاع ملكه لم يصح.

ولأنَّ ولاية الوصي ولايةٌ مستحقَّةٌ، حتىٰ لا يملك أحدٌ إبطالها عليه، والعبد لا يثبت له ولاية مستحقَّةٌ في نفسه، فلا يملك ولاية مستحقَّةً علىٰ غيره.

---

[١] «أ» «ن» (ويجوز)، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (لعين).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بخلاف المكاتب فإنَّ له ولايةً مستحقَّةً في نفسه لا يملك المولى إبطالها عليه؛ فكان أهلًا للاستحقاق على غيره.

وأمَّا أبو حنيفة فإنَّه علَّل في الكتاب، وقال: لأنَّه ليس لأحدٍ على هذا العبد ولاية البيع، فأمَّا إذا كان البعض كبيراً فله ولاية بيع نصيبه؛ وهذا لأنَّ الإيصاء إلى المكاتب صحيحٌ؛ لأنَّه ليس لأحدٍ عليه ولاية البيع.

وهذا لمعنى مؤثر: وهو أنَّ الإيصاء إليه فكُّ حجرٍ[1] عن ولاية التِّجارة على سبيل تكون مستحقَّة له على ما ذكرت، والفكُّ صحيحٌ؛ لأنَّه إنَّما يحجر عليه لملك الورثة، والإيصاء يصح قبل ملكهم؛ لأن حقَّ الموصى إليه يثبت حين ثبوت حق الورثة لا بعده؛ بل الإرث يترتَّب على الوصيَّة بالعين؛ فصحَّ، ولمَّا لم تكن لأحدٍ عليه ولاية البيع صارت مُسْتحقَّةً له فيصحُّ، فأمَّا إذا كان للبعض ولاية البيع، فلا تقع مستحقَّةً له؛ فلم يجز.

❁ فإن قِيلَ: للقاضي ولاية البيع في هذه المسألة.

❁ قُلنَا: إذا ثبت الإيصاء إلى العبد لم يبق للقاضي ولاية البيع مع وصيِّ الميِّت.

بخلاف عبد الغير؛ لأنَّه لا يملك الفكَّ عليه أصلًا، وكلامهما ظاهر، والله أعلم.

❁ ❁ ❁

[1] «أ» (الحجر)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْــلٌ
الموصى له

|١٤٥٨| **مسألةٌ**[١]: لا تصحُّ الوصيَّة منَّا للحربيِّ غير المستأمن.

لأنَّها برٌّ وصلةٌ، والله تعالىٰ نهانا عن برِّ الذين يقاتلوننا؛ علىٰ ما قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا يَنْهَىٰكُمُ ٱللَّهُ عَنِ ٱلَّذِينَ قَـٰتَلُوكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَأَخْرَجُوكُم مِّن دِيَـٰرِكُمْ وَظَـٰهَرُوا۟ عَلَىٰٓ إِخْرَاجِكُمْ أَن تَوَلَّوْهُمْ﴾ [الممتحنة: ٩].

ولأنَّ العصمة بيننا وبينهم منقطعةٌ، والأملاك الثَّابتة تزول بتباين الدَّارين شخصاً وحكماً، فيمنع ثبوت الملك من طريق الأوْلىٰ، والله أعلم.

|١٤٥٩| **مسألةٌ**: ولا تصحُّ الوصيَّة للقاتل.

وقال الشَّافعي ـ في قول ـ: تصحُّ(٢).

لأنَّه تمليكٌ عن عقدٍ، فيصحُّ منه؛ كالهبة له بعد الجرح.

ولنا: ما رُوي عن علي رضي الله عنه أنَّه قال: «لا وصيَّة لقاتلٍ»، ويروىٰ مرفوعًا إلَّا أنَّه غريب(٣).

---

[١] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) انظر: «التنبيه في الفقه الشافعي» (ص: ١٤٠)، و«البيان» للعمراني (١٦٢/٨).

(٣) رواه الدارقطني (٤٥٧١)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (١٦١/٨، رقم: ٨٢٧١)، والبيهقي في «السنن الصغير» (٢٣٣٠) من طريق مبشر بن عبيد، عن حجاج بن أرطأة، عن عاصم، عن زر، عن علي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «ليس لقاتل وصية». قال الدراقطني: «مبشر بن=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والفقه فيه: أنَّ الوصيَّة أخت الميراث، لما ذكرنا أنَّ الإيجاب من جهة الموصي إنَّما يصحُّ علىٰ طريق إثبات[١] سبب الخلافة له في الثُّلث الذي جُعِل له؛ كما يعقد بالنِّكاح وبالولاء، حتىٰ صحَّ قبل عِلم الموصىٰ له، وصحَّ معلَّقا بالموت، والتَّملكيات[٢] لا تتعلَّق بالشَّرط، وتصحُّ بالمجهول والمعدوم[٣].

ثمَّ الخلافة بالنَّسب ـ وهو أقوىٰ الأمرين ـ تبطل بالقتل؛ فهذا أولىٰ.

ويدلُّ عليه أنَّ القاتل حرم[٤] الإرث؛ لأنَّه متعلقٌ بالموت عنيه، والقتل في غير حقٍّ جعل في حقِّ القاتل غير موت؛ لأنَّ الموت اسمٌ لما ينتهي إليه مدَّة الحياة، ولا يجب إذا تحقَّق علىٰ أحدٍ ضمان، فلمَّا لزمه الضَّمان في القتل بغير حقٍّ جُعل كأنَّه لا موت، حتىٰ كان إتلافاً قبل المدَّة، وإذا انعدم الموت في حقِّه لم يرثه. فكذلك الوصيَّة؛ لأنَّ المال لا يتعلَّق استحقاقه بشرطٍ غير الموت عينه.

بخلاف المدبَّر يقتل سيِّده، فإنَّه يعتق؛ لأنَّ الموت جُعل شرط عتق العين، ومن حيث إنَّه شرط عتق لا ينعدم بالقتل، فالقتل بغير حقٍّ يجوز[٥] أن يكون شرط عتق، وكذلك سائر المعاصي، فأمَّا السعاية فلا تسلم[٦] له؛ لأنَّها مالٌ لا

= عبيد متروك الحديث يضع الحديث». وقال البيهقي: «باطل لا أصل له، ومبشر بن عبيد منسوب إلىٰ الوضع».

ولم أقف عليه موقوفا عن علي رضي الله عنه.

[١] «أ» (الثابت)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» (والتمليكات).

[٣] «أ» «ن» (وصحَّ بالمجهول المعدوم)، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» (حر من)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٥] «ص» (لا يجوز).

[٦] «أ» «ن» (فالسِّعاية لا تسلم)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

يستحقُّ إلَّا بالموت بعينه[١]، والله أعلم.

|١٤٦٠| مسألةٌ: فإن أجاز الوارث الوصيَّة للقاتل لم يجز عند أبي يوسف.

وقال محمَّد: يجوز.

وفي الزِّيادات[٢] ما يدلُّ على أنَّ قول أبي حنيفة مثل قول محمَّد.

فأبو يوسف يقول: إنَّما بطلت الوصيَّة من الطَّريق الذي بطل الإرث، ثمَّ الإرث لا يعود بالإجازة ورضى الوارث، فكذا هذا.

ولأنَّه يحرَم جزاء فعله، حتى أنَّ القاتل لو كان صبيًّا لم يحرم شيئاً؛ كما لا تلزمه الكفَّارة، وجزاء الفعل حكمٌ شرعيٌّ لازمٌ، فلا يتبدَّل حكم الله برضانا.

ولأنَّه يحرم لانعدام الموت حكمًا، والوارث حكمه فيما ورث الميِّت لا في علل الإرث.

ولمحمَّد: أنَّها في حقِّ الموصى له بمنزلة الهبة ـ على ما مرَّ ـ: أنَّ أحكام ملك الميِّت تنقطع بالوصيَّة إذا نفذت؛ كما لو وهب وسلَّم فوق الثُّلث، فإنَّه يجوز بإجازة الورثة[٣] وإن كان صلةً؛ لأنَّ الهبة له صحيحةٌ بعد الجرح[٤]، وإن مات.

وكلام أبي يوسف أظهر؛ لأنَّ جانب الموصى له بناء على جانب الإيصاء، والله أعلم.

[١] «ص» (نفسه).
[٢] «أ» (الزيادة)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «ص» (الوصية).
[٤] «ص» (الخروج).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٤٦١| **مسألةٌ**: قال **أبو حنيفة**: إذا أوصىٰ لذوي قراباته انصرف إلىٰ كلِّ ذي رحمٍ محرم، الأقرب فالأقرب، الاثنين فصاعداً، والواحد لا يستحقُّ إلَّا النِّصف.

وقال **أبو يوسف**: إلىٰ كلِّ قريبٍ منه.

ثمَّ رجع وقال: إلىٰ أقصىٰ الأولاد[١] في الإسلام؛ كالعلوي إذا أوصىٰ لذوي قراباته انصرف إلىٰ أولاد علي رضي الله عنه، والعبَّاسي إلىٰ أولاد العباس رضي الله عنه بالسَّويَّة[٢]، وهو قول **محمَّد**، والواحد يستحقُّ الجميع؛ لأنَّه لا يخصُّ؛ إلَّا أنَّ النِّسبة عرفًا باسم[٣] القرابة تنقطع بالكفر، وإذا كان كذلك صار اسماً للجنس فلا يُعتبر القرب[٤]، ولا زيادة القرابة؛ كما إذا أوصىٰ لجنسه.

إلَّا أنَّا نقول: الوصيَّة بالمال برٌّ وصلةٌ، وأضاف إلىٰ فضل وصفٍ له أثرٌ في استحقاقها، وهو القرابة، فوجب تعليق الاستحقاق بالمؤثرة، وهي القرابة بمحرمٍ؛ فإنَّها سببٌ لاستحقاق النَّفقة والعتق عند الملك، وإذا تعلَّق بالمؤثرة، تعلَّق بالأقرب فالأقرب؛ لأنَّ الأقرب أوجب صلةً؛ فيرثه، كما يرثه بالعصوبة لما تعلَّق بوصفٍ مؤثر وهو الولاية، وهي مترتِّبة.

بخلاف ما إذا أوصىٰ لأخويه[٥] وهم متفرِّقون، فإنَّهم يستوون؛ لأنَّهم سواء في القرب بالأخوة، وإنَّما ثبت لبعضهم الأخوة من جهتين، والحكم المتعلِّق

---

[١] «أ» «ن» (إنِّي أقضي أن له)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (والقياس بالسويَّة)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (عن قائم).

[٤] «ص» (العدد).

[٥] «ن» (لإخوته).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

باسم يترجَّح[1] بزيادة سبب استحقاق الاسم، فترجَّح الأخ لأبٍ وأمٍّ تعصيباً؛ لأنَّه يبتنىٰ علىٰ الولاية، وهي للأخ لأبٍ وأمٍّ، وأمَّا الاثنان[2]؛ فلأنَّ المحارم بالقرابة محصورٌ[3]، فصار معنىٰ الجماعة منه معتبراً علىٰ الحقيقة. إلَّا أنَّا اكتفينا بالاثنين؛ لأنَّ الوصيَّة أخت الميراث، والاثنان في باب الميراث لهما حكم الجماعة.

بخلاف الجنس وأهل البيت؛ لأنَّهما ليسا بسببي استحقاقٍ شرعاً، فيجب التَّخصيص بالأثر، فبقي الحكم لظاهره.

|١٤٦٢| مسألةٌ: إذا أوصىٰ لبني فلانٍ وفلانٍ أبٌ أو واحدٌ[4] كانت الوصيَّة للذُّكور خاصَّة.

وقال محمَّد: البنون والبنات سواء إذا اجتمعوا، وإذا انفرد البنات لم يستحققن شيئاً؛ لأنَّ الذُّكور والإناث إذا اجتمعوا نعتوا بنعت الرَّجل؛ كقولك بنو آدم، وبنو فلانٍ[5] فخِذٌ أو بطن أو قبيلة.

قال الكرخي: وإنَّه قول أبي حنيفة الأوَّل.

ووجه قوله الآخر: إنَّك لا تقول: هذه المرأة من بني فلان، وفلان أبٌ واحدٌ عند العرب يُراد به حقيقةً معنىٰ الاسم، وإذا بَعُدَ وصار فخذاً أو قبيلة أريد بالبنين

[1] «ص» (لا يترجح).
[2] «ص» (الابنان).
[3] «ص» (يحصون).
[4] «ص» (أو جد).
[5] «ن» زيادة (وفلان).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

الأولاد مجازاً على ما قاله محمَّد.

|١٤٦٣| مسألةٌ: إذا أوصى بعتق نسَمة تُشترى بمائة درهم، فلم تخرج المائة من ثلث[١] ماله بطلت[٢] الوصيَّة عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمَّد: يشترى بما يخرج وتعتق.

لأنَّ الوصيَّة بعتق نسمة وصيَّة بقربةٍ لله تعالى، فإذا لم تخرج الوصيَّة من الثُّلث، أخرج بقدر الثُّلث ولم تبطل، كالوصيَّة بحجَّةٍ بألف، فلم تخرج الألف، وكالوصيَّة بألفٍ لرجلٍ، فلم تخرج؛ فإنَّها تنفذ من الثُّلث بقدره.

وإنَّما قلنا: هي قربةٌ لله تعالى؛ لأنَّ العبد مجهولٌ، فلا تصحُّ الوصيَّة للمجهول[٣]، فثبت أنَّ الصحَّة لما فيه من القربة فتصير لله تعالى؛ كما إذا أوصى بثلث ماله للفقراء صحَّ؛ وإن جُهلوا لأنَّه وصيَّة لله تعالى.

والدَّليل عليه أنَّه إذا أوصى بعتق نسمة، وبالحجِّ ـ والحجُّ فريضةٌ ـ بُدَئ بها؛ كما لو أوصى بالصَّدقة أو بقربة أخرى نافلة، ولو كانت الوصيَّة بالنَّسمة[٤] للعبد لما بُدئ بالحج؛ كما إذا أوصى بالحجِّ، ولفلانٍ بألفٍ صلةً، والحجُّ فريضةٌ، والثُّلث لم يسعهما؛ إنَّما يرجَّح الفرض للوصايا لله.

وأبو حنيفة يقول: إنَّه أوصى بالعتق لرقبةٍ تساوي مائة، فلا يجوز صرفها

---

[١] «أ» (الثلث)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «ن» (بطلب).

[٣] «أ» (بالمجهول).

[٤] «أ» (بالتسمية)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

إلىٰ ما يساوي خمسين ؛ لأنَّها غيرها.

❁ فإن قِيلَ: في الحجِّ لا تعتبر وصيَّة الحاجِّ، وإن كان لا يتأدىٰ إلا به؛ لأنه مجهولٌ فلا تصحُّ له الوصيَّة.

ولأنَّ المقصود هو الحجَّة والرجل آلة للأداء، فكذا ـ في مسألة عتق النسمة ـ المقصود هو القربة بالعتاق، لا من يؤدَّىٰ به العتق؛ لأنه مجهول.

❁ قُلنَا: لأن الحاج لا يقع الحج له، ولو نوىٰ لنفسه لزمه ردُّ[١] المال؛ فكان آلة محضة.

فأما العبد إذا اشترِي، وعيِّن للعتق، فالعتق يقع له؛ كما لو عتق[٢] عند الوصية، فثبت أنه عند التنفيذ لا بد من كينونة العبد مقصودًا بالعتق له، فأما ما قبل التنفيذ فالأمر كما قالاه؛ فلذلك قدِّم فرض الحج عليه، فاعتبر بالوصية لله، والله أعلم.

|١٤٦٤| مسألةٌ: إذا مات الرجل وترك ابنين، فأقرَّ أحدهما لرجلٍ أنه موصىٰ له بالثلث، وأنكر الآخر أخذ ثلث ما في يده استحسانا، والقياس أن يأخذ النصف، وهو قول زفر.

لأنه أقر أنه شريكهما في التركة علىٰ السواء، فيساويه فيما في يده، وإذا أنكر الآخر؛ كما لو أقرَّ بابنٍ ثالثٍ، وأنكر الآخر أخذ نصف المال.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّه أقرَّ له بالاستحقاق بسبب الوصيَّة، وفي يده نصف المال،

---

[١] «أ» (رب)، والمثبت من «ن» و«ص».
[٢] «ص» (عين).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فلا يستحقُّ إلَّا الثُّلث ؛ لأنَّ الوصيَّة لا يستحقُّ بها إلَّا الثُّلث ؛ كما لو كان وحده والتَّركة في يده أو غصب نصفها ؛ لأنَّه في الحالين إنَّما ينفذ إقراره بما في يده ، ويجعل ما ليس في يده ـ وهو مع الابن الآخر ـ كأنَّه ليس بخلاف ابنٍ ثالثٍ ؛ لأنَّ البنوَّة سببٌ لاستحقاق الكلِّ ، وإنَّما ينقص بالمزاحم مثل سببه ويساويه في الاستحقاق . ألا ترىٰ أنَّ الموصىٰ له لو أخذ منه النِّصف ، وأقرَّ[١] الآخر بمثله استحقَّ النِّصف ، فيصير نصف التَّركة مأخوذاً بالوصيَّة ، وإنَّه لا يجوز .

ولا يلزم إذا مات الرَّجل وترك ثلاثة أعبدٍ قيمهم علىٰ السَّواء ، فقال: أعتق الميت في مرضه هذا ؛ لا بل هذا ، فإنَّهم يعتقون جميعاً ؛ لأنَّه لمَّا قال: «لا بل» رجع عن الأوَّل ، وأقرَّ بالثلَّث الثَّاني ، فلا يصدَّق علىٰ الأوَّل ويصدق علىٰ نفسه أنَّه أتلفه بإقراره ، فيضمن في حقِّ الموصىٰ له الثَّاني ؛ فيصير كالقائم فيسلم الثَّاني[٢] ؛ كأنَّه أعتق الأوَّل بنفسه وكذلك الثَّالث .

[١] «أ» «ن» (وافىٰ) ، والمثبت من «ص» .

[٢] «ص» (الثلث) .

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

فَصْـلٌ

الموصى به[١]

إذا أوصىٰ بجاريةٍ لرجلٍ تخرج من الثُّلث يوم موته، فولدت قبل القسمة ولداً، فصارا فوق الثُّلث أُخرِجت الجارية من الثُّلث، وأُبطل في الولد بقدر الزِّيادة عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه: يخرجان من الثُّلث علىٰ السَّواء؛ لأنَّ الوصيَّة سرت إلىٰ الولد، فصارت كما لو أوصىٰ بهما جميعًا.

إلَّا أنَّا نقول: الأمُّ أصلٌ، والولد دخل تبعاً، فكان دون الأصل، فكان الأصل أولىٰ بالتَّقديم عند المضايقة؛ لأنَّه أقوىٰ، والوصيَّتان لواحدٍ؛ كالوصيَّة لله إذا ضاق الثُّلث عنها بدئ بالأقوىٰ.

|١٤٦٥| **مسألةٌ:** إذا أعتق الرَّجل في مرضه ثمَّ باع وحابىٰ، والثلُّث لا يسعهما تحاصَّا[٢]، وإن حابىٰ أوَّلًا كانت المحاباة أولىٰ.

وقال صاحباه: العتق أولىٰ؛ لأنَّ المحاباة لو انفردت اعتبرت وصيَّة من الثُّلث؛ كالهبة.

ولأنَّه لا يملكها إلَّا من يملك الهبة، وكذلك العتق، فإذا اجتمعا ـ والثُّلث ضاق عنهما ـ بدئ بالعتق؛ لأنَّه لا يحتمل البعض، والمحاباة تحتمل كالهبة.

[١] «ص» (الموصىٰ له).

[٢] «أ» (تحاصما)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ألا ترىٰ أنَّ المريض إذا أعتق عبداً لا مال له غيره لم يعتق عند أبي حنيفة حتىٰ يصح أو يموت، فيؤدي العبد ثلثي قيمة نفسه؛ لأنَّه لو عتق لم يمكن نقضه، ولو وهبه صار ملكاً للموهوب له ملكاً صحيحاً؛ لأنَّه يمكن النَّقض في الثُّلثين[١] إذا مات.

وعندهما: يصير حرًّا، ويضمن السعاية؛ لأنَّ عتق البعض عندنا عتق للكلِّ، والثُّلثُ خالصٌ [للميِّت][٢]، فينفذ فيه لا محالة، فيعتق الكلَّ؛ كما لو كان مشتركًا علىٰ الحقيقة.

ولأنَّه لا معنىٰ للتَّرجيح بالقربة[٣] إذا اختلف الموصىٰ له. ألا ترىٰ إذا أوصىٰ بحج فرضٌ ومالٍ لزمه أن يبدأ[٤] بالفرض، وإن كان أقوىٰ كذلك لا يُبدأ بما بدأ. إنَّما البداية سببُ ترجيحٍ في الوصايا لله تعالىٰ، وهي نوافل مختلفات؛ كالحج والزكاة والصَّدقة وعتق نسمة بغير عينها؛ لأنَّ المُستحِق واحدٌ، فلم يكن في توزيع النُّقصان فائدة، فرجح بالبداية، لأنَّها تدلُّ علىٰ أنَّها أهمُّ بالقائل[٥].

ونص محمَّد بن الحسن علىٰ أنَّ البداية ترجيح فيما لله تعالىٰ. ألا ترىٰ إذا أوصىٰ بثلثٍ لفلان ولفلان ولفلان كان بينهم أثلاثًا فصل أم وصل لا عبرة للبداية؛ لأنَّ الموصىٰ لهم مختلفون، فكذا فيما نحن فيه العتق وصيَّة للعبدين والمحاباة للمشتري[٦].

---

[١] «ص» (في البعض).

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] «ص» (بالقوة).

[٤] «ص» (ومال لزيد برا لم يبدأ بالفرض).

[٥] «أ» (بالعامل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٦] «ص» (فيما نحن فيه من العتق والمحاباة، العتق وصية المعتق والمحاباة للمشتري).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ويدلُّ عليه: أنَّ العتق لو كان بمالٍ وفيه محاباة ـ والمسألة بحالها ـ كان على هذا الاختلاف، وقد استويا في أنهما محاباة في عبد[١] مبادلة، وترجَّح العتاق بأنه لا يحتمل الفسخ، كما ترجَّح العتق بغير مالٍ على الهبة بغير مال.

وهذه مسألة فيها حكايات عن المشايخ في الخيرة[٢] لتصحيح مذهب أبي حنيفة، وقدر ما كان لي بعد تأمل كثير: أن العتق وصية، وكذلك المحاباة وقوعها وقوع الوصايا، والعتق لازم لا يحتمل النقض، والمحاباة ثابتة بسبب هو تجارة[٣]، فترجح العتق بكونه لازمًا؛ لأنه يحتمل النقض، والمحاباة بسبب التجارة، والمرض سبب للحجر عما هو تبرُّع إلا من الثلث، وليس بسبب للحجر من التجارة عن المحاباة، وإنما يحجر عن المحاباة فيه، وحتى ملك العبد المأذون البيع بمحاباة فاحشة، ولا يملك هبة مثله بلا بيع عند أبي حنيفة، وحتى يملك البيع كلِّه بقدر المحاباة بنفس الشراء بخلاف الهبة؛ فثبت أنها أثبت من الهبة، ولها حكم ما ملك بعوض عدل، فثبت أن لها رجحانا بالسبب، وللعتق رجحان بحكمه؛ فاستويا. فأما إذا سبقت المحاباة، وثبت في الثلث ثم جاء العتق والمحاباة لله، وما لها بعد ثبوتها حكم الهبات بوجه.

بدليل أن الشفيع يأخذ كذلك بالشفعة، ولا شفعة في هبة، وتملك بنفس العقد، والهبة تملك بالقبض، فيوجد العتق والمحاباة تامة[٤]، وما لها حكم التبرعات بعد ثبوتها، والعتق[٥] تبرع؛ فلا يزاحمها العتق لا[٦] بحكم البداية؛

[١] «ص» (عقد).
[٢] «ص» (الحرة).
[٣] «ص» (عادة).
[٤] «ص» (ثابتة).
[٥] «أ» (والعقد).
[٦] «أ» (بل)، والمثبت من «ن» و«ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

بل بحكم التحاقها بضمان التجارات.

ويدل عليه: أن العبد المأذون إذا اشترىٰ أمة فوطئها، ثم استُحقَّت= أُخِذ بالعُقر للحال؛ بمنزلة ضمان التجارات؛ لأنه لزمه بسبب الشراء، فأخذ، ولو تزوج امرأة فوطئها لم يؤاخذ به حتىٰ يعتق؛ لأن سببه ليس بتجارة، فالضمان واحد، وتغيَّر الحكم بسببه، فجاز بغير محاباة بسببها، وأمَّا العتق علىٰ مالٍ فليس بتجارةٍ. ألا ترىٰ أنَّ الوصيَّ لا يملك العتق علىٰ مالٍ، وكذلك الأب والعبد المأذون والمكاتب، ولمَّا لم يكن تجارةً؛ بل كان علىٰ حكم التَّبرع كان المريض علىٰ الحجر إلَّا من الثُّلث، ولا يزول الحجر إلَّا بالعوض الذي يجبر حقُّ الورثة والغرماء، ولا جبر في حقِّ المحاباة، فيبقىٰ علىٰ حكم العتاق بلا مالٍ، والبيع تجارة في وصفها[1]، ولا حجر فيها، وإنَّما يلتحق قدر المحاباة بالهبة، ويلزمه الحجر لضرر الورثة، فأمَّا ما عداه، فله حكم التِّجارات بعد ثبوتها، فاعتبر في مزاحمة العتاق بضمان التِّجارات من الأثمان التي لا محاباة فيها.

❁ فإن قِيلَ: لو حابىٰ ثمَّ حابىٰ، ولا يخرجان من الثُّلث تحاصَّا، ولم يترجَّح الأوَّل من الوجه الذي قلته.

❁ قُلنَا: لأنَّ ما يحتمل النَّقض من تبرُّعات المريض ينفذ، ثمَّ يُنقَض إذا لم يخرج من الثُّلث، وإذا كان كذلك نفذتا جميعاً ثمَّ نقضتا بعد الموت، وثبت لهما[2] حكم الوصيَّة، وهما نافذتان؛ فاستويا، والله أعلم.

---

[1] «ص» (وضعها).

[2] «أ» «ن» (لها)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٤٦٦| مسألةٌ: إذا أوصىٰ بالحجِّ عنه يُحَجُّ من[١] وطنه عندنا.

وعند الشَّافعي: من أقرب المواقيت(٢).

لأنَّ الحجَّ يتأدَّىٰ به، فلا يلزمه زيادة المال إلَّا ببيانٍ زائدٍ.

إلَّا أنَّا نقول: فُرِض الحجُّ من الوطن، بدليل أنَّ الوجوب لا يتناوله[٣] ما لم يجد زاداً وراحلةً إلىٰ البيت من وطنه، وكذلك في العادة إنَّما يخرج الإنسان من وطنه، فإذا أَمَر غيره به لزمته النِّيابة عنه؛ كما كان يفعله هو بنفسه؛ إلَّا أنَّه إذا أدَّىٰ الفرض من أقرب المواقيت كفاه؛ لأنَّ الزَّائد عليه سعيٌ[٤] إلىٰ الحجِّ، وليس بحجٍّ، وكان يلزمه ليصل إلىٰ الحجِّ، فإذا وصل بدونه سقط؛ كالسَّعي إلىٰ الجمعة واجبٌ، وإذا أدَّىٰ بلا سعيٍ سقط.

|١٤٦٧| مسألةٌ: إذا خرج المأمور بالحج حاجًّا، فمات في بعض الطريق وجب إحجاج آخر من وطنه قياسًا.

وفي الاستحسان: يحج من حيث بلغ، وهذه رواية الجامع الكبير، ولم يذكر قولهما، ولا القياس.

وذكر في الأصل: «يحج من حيث بلغ». فتكون رواية الجامع الصغير قول أبي حنيفة، ورواية الأصل قولهما. وكذلك ذكره الكرخي في مختصره. وكذلك

---

[١] «أ» (من عنه)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٤/٩٩).

[٣] «أ» «ن» (يتناول)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» (الواجب عليه سفر).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الرجل في حج نفسه لو مات وأوصىٰ.

ووجه قولهما: قول الله ﴿وَمَن يَخْرُجْ مِنۢ بَيْتِهِۦ مُهَاجِرًا إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ ثُمَّ يُدْرِكْهُ ٱلْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُۥ عَلَى ٱللَّهِ﴾ [النساء: ١٠٠]، والسفر إلىٰ الحج هجرة إلىٰ الله، فلا تبطل بالموت، فيجب بناء الباقي عليه.

ولأن السفر سير مباحٌ في نفسه، وليس بعبادة، فلا يبطل الماضي بانعدام البقية، فيمكن البناء[١] عليه إذا قبل التجزِّي، كما إذا أطعم بعض المساكين في الكفارة، ومات، فأوصىٰ= وجب الإكمال بما بقي؛ لأنه مما يتأدَّىٰ بشخصين[٢]؛ فكذلك في السفر.

ولأن الحاج بنفسه إن مات وأوصىٰ كان أمرًا بإكمال تلك السفرة حجَّةً بدلالة الحال؛ ما لم ينص علىٰ غيره.

إلا أن أبا حنيفة يقول: سفرة الحج لا تقبل التجزِّي في حق الأمر.

بدليل: أن الأوَّل لو بدا له في أن لا يحج[٣] بنفسه بعد ما مشىٰ بعض الطريق، ويفوِّض الأمر إلىٰ غيره برضىٰ الوصي لم يجز، ولزمه ردُّ نفقة أنفقها، ولو قَبِل التجزِّي والأداء بشخصين لما صار مخالفًا بأمر غيره؛ كالمأمور بالإطعام إذا أطعم البعض، ثم ترك وأمر به غيره؛ فإنه يجزئه، وإنما جعلا الموت عذرًا في سفر الهجرة إلىٰ رسول الله ﷺ؛ فإنها كانت لا تتجزَّأ حال الحياة، وبالموت خرج عن الأمر.

---

[١] «ص» (البقاء).

[٢] «ص» (علىٰ التجزي).

[٣] «ص» (أن يتولىٰ الحج).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والجواب عنه: أن الأصل أن الأمر يلزمه بقدر الوسع، فإذا أدىٰ بقدر الوسع لم يلزمه أكثر من ذلك، وأجر بما أدَّىٰ، فقد مات تحت الطاعة، وإن لم يتم هجرةً، ولا يثبت له شيء من أحكام الهجرة. كالصائم إذا مات في بعض اليوم لم يبطل أجر طاعته بقدر ما أطاع ـ وإن بطل الصوم ـ؛ لأنه لا يقبل التجزِّي أداءً؛ فكذلك الحاج إذا مات لا يبطل ثواب سفره في طاعة الله ـ وإن بطل الحج ـ؛ إلا أن الهجرة إلىٰ رسول الله لا تحتمل القضاء بالأمر، وكذلك الصوم، فسقط لما مات قبل إتمام الأداء، والحج يتأدىٰ بالنائب فلم يسقط قبل إتمام الأداء لقدرته علىٰ الأمر، واحتمال الأداء بالأمر؛ كالزكاة.

والجواب عن الحاج بنفسه إذا مات: أنه متىٰ أراد البناء قال: «أتموا عنِّي، وحجُّوا عنِّي هذه السنة» ولا يطلق[1].

|١٤٦٨| مسألةٌ: إذا أوصىٰ بأن يُحج عنه من ثُلثِ مالِه، فأخرج الوصيُّ ألفاً وسلَّمها إلىٰ رجلٍ ليحج عنه، فسرقت منه= أخرج من الثُّلث كذلك ـ وإن سُرق مراراً حتىٰ لا يبقىٰ المال ـ.

وقال محمَّد: بطلت الوصيَّة بالأولىٰ.

وقال أبو يوسف: يخرج ثانياً وثالثاً إلىٰ أن يستغرق الثُّلث.

لمحمَّد: أن الوصيَّ قام مقام الموصي في إخراج المال للحجِّ، والموصي لو أخرج ألفاً إلىٰ رجلٍ ليَحجَّ بها عنه بعد موته، فسُرقت منه لم يبق في التَّركة شيءٌ، فكذلك الوصي.

[١] «أ» (ولا بما يطلق)، «ن» (ولأنما طلق)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولأبي يوسف: إنَّ الوصيَّ قام مقامه في الإحجاج عنه؛ كما أمره به لا تعيين[١] الألف للحجِّ. ألا ترىٰ لو عيَّن ألفاً للحجِّ ولم يُسلِّم، فهلكت= هلك من التَّركة؛ لا الوصيَّة، فكذا إذا سلَّم والحاجُّ غير موصىٰ له، وإنَّما الموصىٰ له [قربة إلىٰ][٢] الله تعالىٰ، فالحَجَّةُ لله؛ بل الحاجُّ رسول لإنفاذ[٣] الوصيَّة بالأداء، فيصير هلاك هذا المال في يَدَي الرَّسول لتنفيذ الوصيَّة؛ كالهلاك في يدي المرسل؛ كما لو أوصىٰ بألفٍ صدقةً، فأخرج ألفاً [إلىٰ رجلٍ][٤] ليتصدَّق بها، فهلكت في يده.

❖ فإن قِيلَ: الوصيَّة بالحجِّ وصيَّةٌ بالنَّفقة للحاجِّ، فيصير الحاجُّ موصىٰ له؛ كالفقير، هذه شبهة المسالة.

❁ قُلنَا: لو كان كذلك لكان الحاجُّ إذا أحرم عن نفسه لا يضمن شيئًا، فلمَّا ضَمِنَ عُلِمَ أنَّ الوصيَّة لله بالحجَّة، والنَّفقة سببُ الوصول إليه إلا أن مقدار[٥] الوصيَّة ثلث المال، فلا يزيد عليه.

ولأبي حنيفة: [أن الوصيَّة][٦] إنَّما لا تزداد علىٰ الثُّلث إذا أخذ الثُّلث بالوصيَّة، فأمَّا إذا هلك ـ لا بالوصيَّة ـ أخذت الوصيَّة من ثلث ما بقي، ولو بقيت حيَّةً، وقد هلكت الألف ـ لا بالوصيَّة ـ علىٰ ما قاله أبي يوسف.

---

[١] «ص» (تتعين).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٣] «ن» «ص» (لإيفاء).
[٤] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٥] «أ» (بقدر)، «ن» (مقدر)، «ص» (معدن)، والمثبت أنسب للسياق.
[٦] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بخلاف ما إذا عين الميِّت ؛ لأنَّ الوصيَّة تعلَّقت بها بعينها مكانها بطلت[1] الوصيَّة ، وليس للموصىٰ التَّعيين علىٰ ما مرَّ ، والمسألة تنتهي إلىٰ فصل الموصىٰ له .

|١٤٦٩| **مسألةٌ**: إذا أوصىٰ بظهر دابته في سبيل الله ، أو بالسلاح ، أو بالمصحف = لم يصح قياسًا .

لأنها تضييع بلا مالك يحفظ أو ينفق ؛ فلا يصح ؛ كما إذا أوصىٰ بعبده لخدمة المساكين ، وبساطه لنزول المارَّة .

إلا أن محمدا جوزها استحسانا . لما روي عن النبي ﷺ: «**أما خالد فقد حبس دروعه في سبيل الله**»(٢) ، فثبت أنه جائزٌ . وعن **عبد الله بن مسعود** رضي الله عنه: «لا حبس إلا في كراع أو سلاح»(٣) ، وعن **عمر** نحو منه(٤) .

|١٤٧٠| **مسألةٌ**: إذا أوصىٰ بثلث هذا الطعام فمات ، فاستحِقَّ ثلثا الطعام= كان الثلث الباقي وصية .

وقال **زفر**: ثلث الباقي وصية .

لأن الموصىٰ له بمنزلة شريكٍ للورثة ؛ لأن الوصية إثبات لعقد الخلافة عنه حتىٰ يصير الموصىٰ له بمنزلة الوارث . وإذا كان كذلك ذهب ما ذهب مشتركًا ،

---

[1] «ص» (ألا ترىٰ لو هلكت بطلت . .) .

(٢) رواه البخاري (١٤٦٨) ، ومسلم (٩٨٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٢٠٩٣٠) ، وابن حزم في المحلىٰ (١٠/١٧٤) ، وفيه رجل لم يسم .

(٤) لم أقف عليه .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

وبقي الباقي كذلك ؛ كما لو أقرَّ له بثلث ذلك الطعام.

بخلاف بيع الطعام ثم استحق الثلثان ؛ لأن البيع تصرُّفٌ في الطعام منه ؛ لا على المشتري ، فيكون الملك شرطا لنفاذه ، فنفذ في الثلث الذي ملك.

ولنا: أن الوصية إيجاب مبتدأٌ لثلث الطعام للموصى له مع كونها إثباتًا لعقد الخلافة ، فصار كالبيع في حقِّ نفاذه في المحلِّ.

بخلاف الإقرار ؛ لأنه إخبار ، والملك ليس بشرط لصحة الإخبار بملك الغير ؛ بل إنما يصح على الحقيقة إذا كان ملك غيره.

|١٤٧١| **مسألةٌ**: إذا أوصى بمثل نصيب أحد الورثة لرجلٍ ، وهم ثلاثة بنون= كان له الرُّبع[١].

وعند زفر: له الثُّلث.

لأنَّ التَّركة ـ لولا الوصيَّة ـ بينهم أثلاثٌ ؛ فمثل نصيب أحدهم [يكون][٢] ثلثها.

إلَّا أنَّا نقول: الثُّلث نصيب أحدهم[٣] ، لا مثل النَّصيب ؛ فمثل النصيب سهمٌ آخر سوى النَّصيب يساوي النَّصيب ، فيزداد سهم مثله على الأنصباء ، فتصير أربعةً ؛ للموصى له سهمٌ ، ولكلِّ ابنٍ سهمٌ ، فتكون الوصيَّة مثل نصيب أحدهم ، وعلى قول زفر تكون الوصية أزيد من نصيب أحدهم ؛ إذ له سهمٌ ،

---

[١] «ص» (كان له ألف درهم).
[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن» ، والمثبت من «ص».
[٣] «أ» «ن» (أحد) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ولكلِّ ابنٍ سهمٌ، والله أعلم.

[١٤٧٢] مسألةٌ: إذا أوصى بسهمٍ من ماله، فله أقلُّ نصيب أحد الورثة إلَّا أن يزيد على الثُّلث[١]، فيرد إليه؛ كما لو نصَّ عليه.

وعند أبي حنيفة: له السُّدس إلَّا أن يكون نصيب وارث أقلُّ من ذلك، فيكون له الأقلُّ.

لما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنَّه سئل عن هذه المسألة، فقال: «له السُّدس»(٢). وعن إياس بن معاوية أنَّه قال: «السَّهم في كلام العرب السُّدس»(٣)، وقوله فيما حَكَى حجَّة.

ولأنَّ السَّهم يَحتَمِل اسماً لنصيب الوارث، واسماً للعدد الواحد من جملة مخارج الحساب بأن أضيف إلى التركة؛ لأن الوصية شرعت باسم سهم يكون

[١] «ص» زيادة (فلا يزاد عند أبي يوسف ومحمد والشافعي معهما؛ لأن السهام المضافة إلى التركة سهام الورثة، فيجب أقلها؛ لأن النفس فيه إلا أن يزيد على الثلث فرد إلى الثلث).

(٢) رواه البزار في مسنده، (٥/٤١٥، برقم: ٢٠٤٧)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٨/١٨٢، رقم: ٨٣٣٨) من طريق محمد بن عبيد الله العرزمي، عن أبي قيس، عن الهزيل، عن عبد الله، ولفظ البزار: أن «رجلا أوصى لرجل بسهم من ماله فجعل له النبي ﷺ السدس». قال البزار: «وهذا الحديث لا نعلم يروى كلامه عن النبي ﷺ إلا من هذا الوجه بهذا الإسناد، وأبو قيس فليس بالقوي، وقد روى عنه شعبة والثوري، والأعمش وغيرهم». وقال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن أبي قيس إلا العرزمي، تفرد به: أبو بكر الحنفي، ولا يروى متصلا، عن رسول الله ﷺ إلا بهذا الإسناد».

ولم أقف عليه موقوفا عن ابن مسعود رضي الله عنه. وانظر: «نصب الراية» (٤/٤٠٧)، و«مجمع الزوائد» (٤/٢١٣).

(٣) رواه ابن أبي شيبة (٣٠٨٠٢، ٣٠٨٠٠).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

من التركة ، فيجب له الأقل منهما ؛ لأن الزيادة فيها شكٌّ ، ثم السهم من مخارج الحساب ؛ سهمان[١] من ستَّة بدليلين:

أحدهما: أنَّ الستَّة مضمومةٌ كذلك بعددها جُعِلَت اسماً لواحدٍ أجزاؤها ستَّة ، وكلُّ جزءٍ جُعلَ له اسمُ[٢] عَلَمٍ ؛ كالدِّرهم اسمٌ لواحدٍ ، وهو ستَّة دوانق كلُّ جزءٍ منها يسمَّىٰ دانقًا ، والدَّانق اسم علمٍ للسُّدس منه ، ولا يجب[٣] مثل ذلك في سائر المخارج .

ولأنَّ أجزاء الستَّة بالأسماء الصِّحاح تساوي جميعها ، وهي النِّصف والثُّلث والسُّدس ، وأجزاء سائر المخارج بالأسماء الصِّحاح لا يساويها كالثَّلاثة والأربعة والثَّمانية ؛ بل بنقصٍ[٤] ، وأمَّا اثنا عشر فيزداد عليها ، وأمَّا ثمانية وعشرون ، فيساويها أجزاؤها ؛ لكن بكسر النِّصف أربعة عشر ، والرُّبع تسعة ، والسبُع أربعة ، ونصف السبع سهمان ، وربع السَّهم سهم ، ونصف السَّهم لا يكون سهماً ، فعلمت أنَّ المخرج الصَّحيح لسهامها الأصليَّة علىٰ المساواة ستَّة ، فصار السَّهم المطلق اسمًا لواحدٍ منها ، والله أعلم .

|١٤٧٣| **مسألةٌ:** وصيَّة الذمِّي بأن يسرج في بيت النَّار مرَّت في كتاب النِّكاح في[٥] جملة معاملاتهم ، فالإسراج وبناء الكنيسة مثل بناء المسجد لنا من

[١] «ص» (بيقين) .
[٢] «أ» (أسهم) ، والمثبت من «ن» و«ص» .
[٣] «ص» (نجد) .
[٤] «أ» «ن» (ينتقص) ، والمثبت من «ص» .
[٥] «أ» «ن» (من) ، والمثبت من «ص» .

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

فروع الدِّين، دون أصل الإيمان بالله.

|١٤٧٤| **مسألةٌ**[١]: الوصايا بالثُّلث، والنِّصف، والجميع، وأخواتها مذكورة في كتاب الدِّيات[٢]، في باب جناية المرتدِّ[٣].

وما فيها شهادةٌ مذكور في كتاب الشَّهادات.

وما فيه وقف مذكور في كتاب الوقف.

ووصيَّة الذميِّ مذكورةٌ في معاملات أهل الذمَّة في النِّكاح، والله أعلم.

تمَّ كتاب الوصايا.

[١] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».
[٢] «ص» (في الأصل).
[٣] «ص» (المدبر).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كتاب

الصَّيْد والذَّبائح

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

وهي ثلاثة أنواعٍ:

* الآلة.

* والذَّبح.

* والحَلَال من الحيوانات.

فصل الآلة

|١٤٧٥| مسألةٌ[٢]: قال علماؤنا: الكلب إِنَّمَا يَصِير آلةً يحِلُّ بِهَا الذَّبيح[٣] إذا أمسك على صَاحِبه، وَلَمْ يأكل منه.

وقال مالك: إذا أجاب صاحبه داعيًا ومرسلًا على الصَّيْد، وأخذ بإشارته= كان عالمًا وصار آلةً(٤).

لما رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال لثعلبة(٥) الخشني: «إذا أرسلت كلبك المعلم

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[٢] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (الذبح).

(٤) انظر: «المدونة» (١/٥٣٢)، و«المعونة عَلَىٰ مذهب عالم المدينة» (ص: ٦٨٢).

(٥) الصحيح أن كنيته «أبو ثعلبة».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

وذكرت اسم الله عَلَيْه فكُلْ ، وإن أكل منه»(١).

ولَأَنَّ العلم الذي احتيج إليه علم الاصطياد ، والحفظ بعده ليس من الاصطياد ؛ فلا يُشترط ذلك العلم لحلِّ الاصطياد ؛ كَمَا لا يُشترط الإمساك عَن الأكل بعد مَا يحرزه[٢] صَاحِبه.

ولأنَّه حيوانٌ يصطاد به ؛ فلا يُشترط لعلمه ترك الأكل ؛ قِيَاسًا علىٰ البازي.

ولنا: قوله تعالىٰ: ﴿فَكُلُواْ مِمَّآ أَمۡسَكۡنَ عَلَيۡكُمۡ﴾ [المائدة: ٤] شرط لحلِّ الأكل الإمساك علينا ، وعِنْدَكم ليس بشرطٍ.

ولَأَنَّ الآية سيقت لبيان حدِّ التَّعليم الذي به يحِلُّ الصَّيْد ؛ فجعل حدُّه الإمساك علينا ، ولو كَانَ مَا قبله حَلَالًا لما حلَّ التَّحديد به ، والسُّكوت عن البيان فِي موضع الحاجة إليه.

وقال ﷺ لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عَلَيْه فكل مَا لَمْ يأكل منه ، وإن أكل منه فلا تأكل»(٣). فهذا نصٌّ محكمٌ لا يحتمل التَّأويل.

---

(١) رواه عبد الرزاق (٨٥٠٣)، وابن أبي شيبة (١٩٥٨٦)، وأبو داود (١٧٥)، عن أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه ـ واللفظ لأبي داود ـ ، قال: قال رسول الله ﷺ فِي صَيْد الكلب: «إذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله فكل، وإن أكل منه، وكل مَا ردت عليك يداك». والحديث في البخاري (٥٤٧٨) ، ومسلم (١٩٣٠) دون قوله: "وإن أكل منه" فإنها زيادة منكرة.

[٢] «ن» (نحر) ، «ص» (نحره).

(٣) رواه البخاري ، (١٧٥) ، مسلم (١٩٢٩) عن عدي بن حاتم رضي الله عنه ، قال: سألت النبي ﷺ فقال: «إذا أرسلت كلبك المعلم فقتل فكل ، وإذا أكل فلا تأكل ، فإنَّمَا أمسكه عَلَىٰ نَفْسه» قلت: أرسل كلبي فأجد معه كلبا آخر؟ قال: «فلا تأكل ، فإنَّمَا سميت عَلَىٰ كلبك وَلَمْ تسم عَلَىٰ كلب آخر».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

ومذهبنا مذهب عبد الله بن عبَّاس(١)؛ واحتجَّ وقال: لأنَّ الكلب يضرب حتىٰ يدع الأكل، والبازي لا يمكن أن يضرب.

ومعناه: أنَّ الكلب حيوانٌ يصيد مختارًا، فلا يكون صَيْده لصَاحِبه حَتَّىٰ يَصِير آلةً، وإِنَّمَا يَصِير آلةً إذا اصطاد له. كَمَا لو استأجر رجلٌ رجلًا يومًا للاصطياد، فإنَّ صَيْده يقع للمستأجر، وإِنَّمَا يتبيَّن اصطياده لصَاحِبه عن اصطياده لنفسه بالإمساك عَلَيْه، وغَيْر الآدميِّ لا يفهم الحفظ بعد المقدرة بالإشارة، ولا الكلَام ليتعلَّم بهما، وإِنَّمَا يتعلَّم بالضَّرب عقيب الأكل ليعلم أنَّه ضرب لأجل الأكل فيدعه، والبازي لا يحتمل هَذَا فعفي عن الضرب.

ولأَنَّ علامة التَّعلم فِي ترك العادة الأَصْليَّة الطَّبيعية إِلَىٰ عادةٍ أخرىٰ بالتَّعلم بلا إِشْكَالٍ. وهذا الحدُّ يثبت فِي البازي بطاعة صَاحِبه إذا دعاه أو أرسله[٢]؛ لأنَّه فِي أَصْله وحشي لا يألف الآدمي، ولا يطيعه، فيَصِير بهذا القدر عاملًا لهم فيَصِير آلةً له. فأمَّا الكلب فألوفٌ فِي الأَصْل يجيب[٣] إذا دعي وصار يعدو[٤] عَلَيْه إذا أُغري، فلا يظهر به عادة العلم حَتَّىٰ يترك الأكل، فإنه كان بطبعه[٥] لا يَصْبر عن أكل ما ظفر به من اللُّحوم، والله أعلم.

[وأمَّا حديث ثعلبة فتأويله: أنَّ الرَّاوي لَمْ يسمع قوله: «ولا يأكل»، أو

(١) رواه عنه البخاري تعليقا (٧/٨٧): «قال ابن عباس: «إن أكل الكلب فقد أفسده، إنما أمسك علىٰ نفسه، والله يقول: ﴿تُعَلِّمُونَهُنَّ مِمَّا عَلَّمَكُمُ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤] فتضرب وتعلم حتىٰ يترك».

[٢] «أ» «ن» (دعا أو أرسل)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (يجب)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٤] «أ» «ن» (يعود)، والمثبت من «ص».

[٥] في الأصول (يطيعه)!

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

سمع ونسي][1].

|١٤٧٦| مسألةٌ: لا يَصِير الكلب معلمًا حَتَّىٰ يدع الأكل مرارًا عِنْدَنا، واختلفوا في مقداره:

وقال أبو حنيفة: لا أَحُدُّها، ولكنَّه إِلَىٰ اجتهاد الصَّاد.

وقال صَاحِباه: إذا ترك ثلاث مرَّاتٍ حلَّت الرَّابعة.

لَأَنَّ التَّرك مرَّةً قد يكون خوفًا من الضَّرب لا للعلم، والمرَّات الكثيرة لا تكون إِلَّا للعلم، والحدُّ الفاصِل هو: الثَّلاث؛ لَأَنَّها أقلُّ الجمع الصَّحيح؛ ولَأَنَّ إبلاء العذر فِي الشَّرْع جعل بثلاث علىٰ مَا عرف.

ولأبي حنيفة: أنَّ الكلاب ممَّا تتَفَاوت فِي أنفسها كياسةً وبلادةً، وجرأةً وجبنًا؛ كالآدمي، فلا يمكن تحديد العلم فِي الكلِّ بحدٍّ وَاحِدٍ، فإنَّ الجبان بضربٍ وَاحِدٍ ينزجر عن العود إِلَىٰ سنَّته مدَّةً طويلةً خوفًا لا علمًا، والجريء لا يُبالي بذلك فيعود إِلَىٰ أن يتغَيَّر الطَّبع، فيدلُّ منه التَّرك ثلاثًا[2] علىٰ العلم دُونَ ترك الجبان[3].

وما قاله صَاحِباه أيسر للعمل به، والله مَا جعل فِي الدِّين من حرج. أَلَا ترىٰ أنَّ الشَّرْع حدَّ وقت الخطاب بالبلوغ لمكان تتمَّة العقل عِنْدَه، والنَّاس يتَفَاوتون فيه، وَلَمْ يُبن علىٰ حَقِيقَة العقل تيسيرًا، والله أعلم.

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (بناءً)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» «ن» (الخيار)، والمثبت من «ص».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

|١٤٧٧| **مسألةٌ**: فإن حكم بتعلمه، ثُمَّ أكل بعد ذلك؛ حرُم مَا قبله عِنْدَ أبي حنيفة.

وقال صَاحِباه: لا يحرم مَا أحرزه صَاحِبه قبل الأكل، فقد حكم بحلِّه بالاجتهاد فِي علم الكلب، فلا ينقضه باجتهادٍ مثله، وبعد الأكل إِنَّمَا يحرمه أبو حنيفة باجتهاده فِي أنَّ الكلب كان جاهلًا؛ لِأَنَّ الأكل نصَّ علىٰ جهله للحال، لا فيما مضىٰ؛ لِأَنَّ العالم قد ينسىٰ مَا علمه.

بخِلَاف مَا لَمْ يحرزه صَاحِبه؛ لأنَّا لَمْ نحكم بعد بحلِّه؛ لِأَنَّ الشَّرط هو الإمساك علىٰ صَاحِبه، وتفسيره[١] الحفظ حَتَّىٰ تصل إليه يد الصَّاحِب.

ولأبي حنيفة: أنَّ الاصطياد للكلب حرفةٌ، والحرفة قلَّ مَا تُنسىٰ، فلمَّا أكل، وحكم بالنصِّ بجهله للحال= تبيَّن لنا أنَّه لَمْ يكن عالمًا؛ إذ لا وجه لاحتمال النِّسيان، وما قالاه[٢] أظهر، والله أعلم.

|١٤٧٨| **مسألةٌ**: الكلب إذا أُرسل إلىٰ صَيْدٍ بعينه، فأخذ غَيْره فِي سننه ذلك= حلَّ.

وقال مالك: لا يحلُّ؛ لِأَنَّ الإرسال لَمْ يوجد علىٰ الثَّانِي، وبالإرسال يَصِير آلةً له(٣).

إِلَّا أنَّا نقول: إنَّ الكلب إِنَّمَا يَصِير آلةً له بالمضيِّ علىٰ سنن الإرسال لا

---

[١] «ص» (فيفسد).

[٢] «أ» «ن» (قالا)، والمثبت من «ص».

(٣) انظر: «التفريع» لابن الجلاب (٣١١/١)، و«البيان والتحصيل» (٣١٤/٣).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

علىٰ صَيْدٍ بعينه؛ لَأَنَّ الكلب لا يفهم العين[1]. أَلَا ترىٰ أنَّه لَوْ أرسَل علىٰ[2] جماعةِ صَيْدٍ يعلم يقينًا أنَّه لا يأخذ الجميع، فأخذ وَاحِدًا= حلَّ، وكَذَلِكَ لَوْ عين له وَاحِدًا من الجملة، فأخذ آخر. إِلَّا أَنَّا لَمْ نشترط فِي البازي ترك الأكل، فإِنَّه لا طريق له إِلَىٰ علم ترك الأكل؛ ولَأَنَّ التَّكليف أبدًا يكون بقدر الوسع أو دونه.

|١٤٧٩| **مسألةٌ**: ذبح الظُّفر أو السنِّ المنزوع حَلَالٌ، ويُكره هَذَا الصَّنيع.

وقال بعض النَّاس(٣): حرِّم لما رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «ما أنهر الدَّم وأفرىٰ الأوداج فكُلْ، مَا خلا السنَّ والظُّفر؛ فإِنَّها[4] مدىٰ(٥) الحبشة»(٦).

إِلَّا أَنَّا نقول: الظُّفر آلةٌ قاطعةٌ، فيحلَّ بِهَا الذَّبح[7]؛ قِيَاسًا علىٰ الحديدة واللِّيطة(٨) والمروة(٩).

والْمُرَاد بالحديث عِنْدَنا: ظفر غَيْر منزوع، وكَذَلِكَ السنُّ.

بدليل أَنَّه قال ﷺ: «فإِنَّها مدىٰ الحبشة»، والحبشة تفعل ذلك بغَيْر المنزوع، وهذا لَأَنَّ غَيْر المنزوع إنما يقتل بقوَّة الفاعل، لا بحدِّ الآلة، والذي

---

[1] «ص» (الغير).

[2] «أ» «ن» (إِلَىٰ)، والمثبت من «ص».

(٣) وهو مذهب الحنابلة. انظر: «الكافي فِي فقه الإمام أحمد» (١/٥٤٨).

[4] «ص» (فإنهما).

(٥) مُدَىٰ: جمع مُدْيَةٌ، وَهِيَ سِكِّينُ الْقَصَّابِ. انظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص: ٤٣٨).

(٦) رواه البخاري (٢٤٨٨)، ومسلم (١٥٥٨) من حديث رافع بن خديج ﵁.

[7] «أ» «ن» (الصيد)، والمثبت من «ص».

(٨) الليطة: قشرة القصبة، والجمع ليط. انظر: «الصحاح» (٣/١١٥٨).

(٩) المروة: حجارة بيض براقة تقدح منها النار. انظر: «مختار الصحاح» (ص: ٢٩٣).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

يقع بقوَّة الفاعل دُونَ حدِّ الآلة يكون تخنيقًا أو تحريقًا، وإنَّه سَبَبٌ محرَّم، فإذا انضمَّ إِلَىٰ جرح الآلة أوجب التَّحْرِيم. فأمَّا المنزوع فلا يقتل إِلَّا بفعل الآلة، وفعلها القطع، فيحلُّ؛ كالسكِّين، لكنَّا نكره هَذَا الصنيع؛ لَأَنَّ فيه زِيَادَة ألمٍ بالحيوان لضعف الآلة، والله أعلم.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فصل الذَّبح

|١٤٨٠| مسألةٌ: قال علماؤنا ـ فيمن ذبَح وترك التَّسمية ـ: إنَّه يحِلُّ إن كَانَ ناسيًا، وإن كَانَ عامدًا لا يحلُّ.

وقال بعض النَّاس: لا يحِلُّ فِي الحَالين(١).

وقال الشَّافعي: يحلُّ[٢] فِي الحَالين(٣).

أمَّا البعض، فإنَّهم ذهبوا إلىٰ قول الله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأۡكُلُواْ مِمَّا لَمۡ يُذۡكَرِ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ وَإِنَّهُۥ لَفِسۡقٞ﴾ [الأنعام: ١٢١] حرم الأكل ممَّا لَمْ يذكر اسم الله عَلَيْه، فكان نصًّا، وممَّا فِي موضع النَّفي يُوجِب تأكيد الحُرْمَة.

كَمَا إذا حَلَفَ فقال: «والله لا آكل من هَذَا الطَّعام»، فإنَّه يحنث بأكل القليل منه، ولو قال: «هَذَا الطَّعام» لا يحنث حَتَّىٰ يأكل الجملة.

ثم الله تعالىٰ حرَّمه؛ لأنَّه لَمْ يذكر اسم الله عَلَيْه، فتقييد الحُرْمَة بعمد الذَّابح ـ والذَّابح غَيْر مذكورٍ ـ يكون زِيَادَة علىٰ النَّص، فيجري مجرىٰ النَّسخ.

ولأنَّه قال: ﴿وَإِنَّهُۥ لَفِسۡقٞ﴾ فإن انصرف إِلَىٰ الأكل دلَّ أنَّه فسقٌ وحرامٌ، وإن انصرف إِلَىٰ الذَّبيح، وهو الأصوب ـ والله أعلم ـ؛ لأنَّه أَقْرَب إِلَىٰ الكِنَايَة؛ ولأَنَّ الله سمَّىٰ الذَّبيح باسم غَيْر الله فسقًا، فقال ﷻ: ﴿فَإِنَّهُۥ رِجۡسٌ

(١) انظر: «المغني» لابن قدامة (٩/٣٨٨).

[٢] «أ» «ن» (حل)، والمثبت من «ص».

(٣) انظر: «المهذب» للشيرازي (١/٤٥٩)، و«الوسيط فِي المذهب» (٧/١٤٤).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أَوْ فِسْقًا ﴾ [الأنعام: ١٤٥]، [فدلَّ أنَّ الذَّبح الحرام اسمه فسقٌ فِي كتاب الله تعالىٰ، وقد سمَّىٰ هَذَا الذَّبح فسقًا][١]، ودلَّ أنَّه بمنزلة مَا أهلَّ لغَيْر الله به.

وقال النَّبي ﷺ لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك المعلَّم وذكرت اسم الله عَلَيْه فكل»(٢). فعلَّق الحلَّ بشرطين، والْحَال حَالَ بيانٍ، فيكون السُّكوت دلَالَة التَّحْرِيم، وقال زِيَادَةً عَلَيْه: «وإن شارك كلبك كلبٌ آخر غَيْر معلم فلا تأكل؛ لأنَّك ذكرت اسم الله علىٰ كلبك وَلَمْ تذكر علىٰ كلب غَيْرك»(٣).

قالوا: ولِأَنَّ الشَّرْع أباح ذبائح أهل الكتاب ـ دُونَ المجوس وأهل الشِّرك ـ لمَعْنَىٰ أنَّ تسمية الله تُتَصَوَّر من أهل الكتاب؛ لأنَّهم يدَّعون التَّوحيد، ولا تُتَصَوَّر من المجوس؛ لأنَّهم يدعون اثنين، فتقع التَّسمية لغَيْر الله مع الله، فخرجوا عن الأهليَّة بفساد التَّسمية، فلو لَمْ تكن التَّسمية شرطًا لما افترقا بطريق يفهم بالرَّأي.

ولِأَنَّ الذَّكاة سمِّيت بسملةً، والبسملة ذكر بسم الله، كالحوقلة والهيللة؛ فلولا أنَّ التَّسمية شرطها، وإلَّا لما سمِّيت بها.

وأمَّا الشَّافعي فإنَّه يقول: إنِّي أسلم أنَّ التَّسمية شرطٌ فِي الأَصْل؛ لَكِن اعتقاد ملَّة تصحُّ منه التَّسمية معها أُقيمت فِي الشَّرْع مقام الذِّكر؛ فإنَّ النَّبي ﷺ سُئل عمَّن ذبح وترك التَّسمية ناسيًا، فقال: «كلوه فإنَّ تسمية الله فِي فم كلِّ امرئٍ مسلم»(٤).

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) رواه الدارقطني (٤٧٠٣)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (٥/٩٤، برقم: ٤٧٦٩)،=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وقال ابن عبَّاس: «كلوه فإنَّ تسميته ملَّته»(١).

قال الشَّافعي: والدَّليل عَلَيْه أنَّه لَوْ تركها ناسيًا حلَّ، وما كَانَ شرطًا لصحَّة فعلٍ شَرْعًا لَمْ يُتَصَوَّر دونه شَرْعًا. أَلَا ترىٰ أنَّ النِّكاح لا يُتَصَوَّر بدُونِ الشُّهُود ـ وإن كَانَ [تركهم][٢] ناسيًا ـ، وكَذَلِكَ الصَّلاة بدُونِ الطَّهارة؛ فعلم أنَّه إِنَّمَا صحَّت التَّسمية لقيام الملَّة مقام التَّسمية؛ كَمَا جازت الصَّلاة بالتَّيمم بلا وضوءٍ لقيام التَّيمم مقامه، فكَذَلِكَ حَالَ العمد يحِلُّ لهذا المعْنَىٰ، ولمَّا قامت الملَّة مقام التَّسمية سقط ذكرها فرضًا، وبقيت سنَّةً.

ولهذا سمِّيت الذَّكاة بسملةً؛ لأنَّها لا تصحُّ [شَرْعًا][٢] إلَّا بذكر[٣] اسم الله، ولهذا لا تصحُّ من أهل الشِّرك؛ لَأَنَّ الشَّرط تسميةٌ خالصةٌ لله، وملَّة الشِّرك ليست لله خالصًا، فلا تقوم مقام التَّسمية الخالصة؛ فَلَمْ توجب إباحةً، وتبيَّن أنَّ المُرَاد بالآية ذبائح أهل الشِّرك؛ فإنَّ ذبائحهم هي التي تقع بلا ذكر اسم الله علىٰ

= والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٨٥/١٩) من طريق مروان بن سالم عن الأوزاعي عن يحيىٰ بن أبي كثير عن أبي سلمة عن أبي هريرة ﵁ قال: سأل رجل رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، أرأيت الرجل منا يذبح وينسىٰ أن يسمي الله؟، فقال النبي ﷺ: «اسم الله علىٰ كل مسلم». قال البيهقي: «مَروانُ بنُ سالِمٍ الجَزَرِيُّ ضَعيفٌ؛ ضَعَّفَه أحمدُ بنُ حَنبَلٍ، والبُخارِيُّ وغَيرُهُما، وهَذا الحديث مُنكَر بهَذا الإسنادِ». وقال الدارقطني: «مروان بن سالم ضعيف»، وأورده ابن عدي في «الكامل في ضعفاء الرجال» (١٢١/٨)، وقال: «ولمروان بْن سالم غَيْر مَا ذَكَرْتُ مِنَ الْحَدِيثِ، وعامة حديثه مما لا يتابعه الثقات عَلَيْهِ».

(١) رواه عبد الرزاق (٨٥٤١)، والدارقطني (٤٨٠٦)، ولفظ عبد الرزاق: عن ابن عباس، أنه سئل عن الرجل يذبح فينسىٰ أن يسمي قال: «لا بأس سموا عليه، وكلوه». ولفظ الدارقطني: «إذا ذبح المسلم فلم يذكر اسم الله فليأكل فإن المسلم فيه اسما من أسماء الله».

[٢] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (بكلمة).

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

الخلوص حَقِيقَةً وحُكْمًا، فيكون تخصيصًا منها ذبائح ذكر عليها اسم الله حُكْمًا بالملَّة القائمة مقامة الذِّكر، فلا تكون زِيَادَةً علىٰ كتاب الله.

ولنا: مَا احتجَّ محمَّد بن الحسن بإِجْمَاع السَّلف وحكايته حُجَّة، ولهذا لا يجوز قضاء القاضي بجواز بيعِ متروك التَّسمية عمدًا، ولا يُعتبر هذا الاجتهاد، ولأنَّه قد ثبت أن[١] التَّسمية بما مرَّ، وإِنَّمَا قامت الملَّة مقام التَّسمية بالحديث، والحديث فيمن ذبح وترك التَّسمية ناسيًا، فتقوم الملَّة مقامها فِي النَّاسي، وليس العامد بمنزلته، فلا يثبت حكم النَّص فيه استدلالًا به.

وإِنَّمَا قُلْنَا: ليس بمنزلة، لَأَنَّ المسلم يذبح علىٰ اسم الله، فإنَّه شرطٌ وقد اعتقده؛ فإذا نسي لم يوجد منه قصد التَّرك؛ فبقيت الحَالة الأَصْليَّة له معتبرةً حُكْمًا، فأمَّا إذا تعمَّد التَّرك والإعراض والرَّد، فلا يمكن إبقاؤها[٢] مَعَ تحقُّق مَا يردُّها[٣] منه حَقِيقَة؛ كالضَّيف إذا قدِّم إليه الطَّعام حلَّ له أكله بغَيْر إذنٍ صريحٍ بدِلَالَة الحَال علىٰ الإذن.

ولو قيل له: «لا تأكل» لا يحِلُّ له الأكل؛ ولَأَنَّ حَالَة النِّسيان حالة عذرٍ، وقيام الملَّة مقام التَّسمية ضربٌ من الخفَّة، وثُبُوت الخفَّة بحال العذر لا يدلُّ علىٰ ثُبُوتها بلا عذرٍ، كيف وقد عارض هَذَا الحديث حديث عدي بن حاتم علىٰ مَا روينا. ورُوي فِي تفسير الكلبي بالإسناد عن ابن عباسٍ ﵄ فِي النَّاسي: أنَّه يحِلُّ أكل ذبيحته وتسميته ملَّته، وإذا تعمَّد لَمْ يحلَّ.

---

[١] «أ» «ن» (قيد تبعه إلىٰ)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (إيفاؤها)، والمثبت من «ص».

[٣] «أ» (يروها)، والمثبت من «ن» و«ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

|١٤٨١| مسألةٌ: المبانُ من الحيِّ حرامٌ عندنا.

وقال الشَّافعي: حَلَالٌ إذا حلَّ الأَصْل بتلك الإبانة[١].

لَأَنَّ الموت فيهما جميعًا بسَبَب ذلك القطع، فإذا أوجب الحلَّ فِي أحد النِّصفين، فكَذَلِكَ فِي الآخر؛ لأنَّه عِلَّةٌ وَاحِدةٌ، وكما إذا أبان الرَّأس.

ولا يَلْزَم إذا ضرب فأبان الرِّجْل، ثُمَّ ضرب فأبان اليَد، ثُمَّ مات= فإنَّ الرِّجْل لا تحل؛ لأنَّه يحتمل أنَّه مات من الثَّانِي دون الأَوَّل فلا يحِلُّ به مَا بان عنه قبله؛ لأنَّ الصَّيْد يحرم إذا احتمل موته سَبَبًا مُحَرِّمًا احتياطًا.

ولنا: مَا رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «ما أبين من الحيِّ فهو ميِّت»[٢]، فهذا

(١) القول بالتحريم هو المنصوص عليه عند الشافعية. انظر: «الأم» للشافعي (٢/٢٥١)، و«الإقناع» للماوردي (ص: ١٨٤)، و«نهاية المطلب في دراية المذهب» (١٨/١٢٥).

(٢) رواه أحمد (٢١٩٠٣)، وأبو داود (٢٨٥٨)، والترمذي (١٤٨٠)، والحاكم (٧١٥٠) عن عطاء بن يسار، عن أبي واقد الليثي، قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يجبون أسنمة الإبل، ويقطعون أليات الغنم، فقال: «ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة».

قال الترمذي في «السنن» (٤/٧٤): «وهذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم والعمل على هذا عند أهل العلم». وقال في «العلل الكبير» (ص: ٢٤١): «سألت محمدا عن هذا الحديث فقلت له: أترى هذا الحديث محفوظا؟ قال: نعم. قلت له: عطاء بن يسار أدرك أبا واقد؟ فقال: ينبغي أن يكون أدركه، عطاء بن يسار قديم».

وقال الحاكم في «المستدرك» (٤/١٣٧): «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقد قيل عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه».

ورواه ابن ماجه (٣٢١٦)، والدارقطني (٤٧٩٣)، والحاكم (٧١٥٢) من طريق زيد بن أسلم عن ابن عمر، أن النبي - ﷺ - قال: «ما قطع من البهيمة وهي حية، فما قطع منها فهو ميتة». وفي إسناده هشام بن سعد، وهو ضعيف.

وانظر: «العلل الكبير» للترمذي (ص: ٢٤١)، و«علل الحديث» لابن أبي حاتم (٤/٣٥٣)،=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

نصٌّ فِي الباب.

والمعْنَىٰ فيه: أنَّ المبان من الحيِّ ممَّا لا تبقىٰ حياته بدُونِ الأَصْل، والحيُّ مَا يعيش بدُونِ هَذَا الذي بان منه، هذا هو الحدُّ فِي الأَصْل، وإذا كَانَ كَذَلِكَ صار موت المبان من الحيِّ بسَبَب البينونة عن الأصل[١] لا بسَبَب الجرح؛ لأنَّه تعيَّن[٢]، وفي الجرح احتمال. أَلَا ترىٰ أنَّ من جرح رجلًا فجاء آخر فذبحه وجب القِصَاص علىٰ الذَّابح دُونَ الجارح؛ [لَأَنَّ الذَّبح يقين][٣].

ولا يَلْزَم المبان إذا كَانَ رأسًا؛ لأنَّه مذبح، وإذا جاء الذَّبح سقط اعتبار سائر الأسباب، وإن كَانَت محرَّمَة؛ فإن المتردية إذا ذكيت حلَّت، وإنَّمَا تعتبر الأسباب المحرَّمَة مَعَ المحلِّلة إذا لَمْ يكن المحلل ذبحًا؛ بَلْ كانت[٤] قطعًا آخر. أَلَا ترىٰ أنَّ من قطع يد رجلٍ، ثُمَّ جاء آخر وقطع منه رجله، ثُمَّ مات= كَانَ القِصَاص عَلَيْهما، وإن جاء الثَّانِي وذبحه ذبحًا كَانَ القِصَاص عَلَيْه وحده.

ثُمَّ مَسْأَلَة القِصَاص تبطل عذر الشَّافعي فيما إذا قطع، فأبان رجله، ثُمَّ قطع فأبان يده في[٥] حُرْمَة الرَّجل؛ لَأَنَّ القِصَاص لما لزمهما جميعًا ـ وهو ممَّا يسقط بالشُّبهات ـ عُلم أنَّه لا شبهة فِي إضافة القتل[٦] إليهما جميعًا، ومع ذلك حلَّ

= و«العلل» للدارقطني (٦/٢٩٧).

[١] «أ» «ن» (من الحيِّ)، والمثبت من «ص».

[٢] «ص» (نفس).

[٣] ما بين [ ] ليس في «ن»، وفي «ص» (لا نفس الذبح).

[٤] «أ» «ن» (كَانَ)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (من).

[٦] «أ» (الموت).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الصَّيْد[١] بالقطع الأَوَّل، وَلَمْ تحِلّ الرّجُل، فكيف لا يُضاف إليهما، وكلُّ وَاحِدٍ منهما يُوجِب القتل بطريقٍ وَاحِدٍ علىٰ التَّعاقب، فلا يقع بينهما تمانعٌ، والله أعلم.

|١٤٨٢| مسألةٌ: الجنين لا يتذكَّىٰ بذكاة الأمِّ عِنْدَ أبي حنيفة.

وقال صَاحِباه: يتذكَّىٰ، وبه قال الشَّافعي(٢).

واحتجُّوا بما رُوي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «ذكاة الجنين ذكاة أمِّه»(٣)، وفي روايةٍ بالنَّصب: «ذكاةَ أمِّه»؛ أي بذكاة أمِّه أو فِي ذكاة أمِّه، فيكون النَّصب لنزع الخافض، وقد رُوي: «ذكاة الجنين فِي ذكاة أمِّه». ورُوي مفسَّرًا عن جابر بن عبد الله أنَّه سأل رسول الله فقال: إنَّا لننحر الجزور فنجد فِي بطنها جنينا ميتًا؛ فقال ﷺ: «كُلوه، فإنَّ ذكاة الجنين ذكاة أمِّه»(٤).

[١] «ص» (اليد).

(٢) انظر: «الأم» للشافعي (٢/٢٥٧).

(٣) رواه أحمد (١١٢٦٠)، وأبو داود (٢٨٢٧)، والترمذي (١٤٧٦)، وابن ماجه (٣١٩٩) من طريق مجالد بن سعيد، عن أبي الوداك، عن أبي سعيد، قال: سألت رسول الله ﷺ عن الجنين فقال: «كلوه إن شئتم». وقال مسدد: قلنا: يا رسول الله ننحر الناقة، ونذبح البقرة والشاة فنجد في بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله؟ قال: «كلوه إن شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه».
قال الترمذي: «وفي الباب عن جابر، وأبي أمامة، وأبي الدرداء، وأبي هريرة: هذا حديث حسن، وقد روي من غير هذا الوجه عن أبي سعيد، والعمل علىٰ هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ، وغيرهم». والحديث أعله عبد الحق الإشبيلي في «الأحكام الوسطىٰ» (٤/١٣٥): بضعف مجالد بن سعيد. لكن تابعه عليه يونس بن أبي إسحاق، عن أبي الوداك، عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه.
والحديث يروىٰ عن غير هؤلاء من الصحابة. وانظر: «بيان الوهم والإيهام» (٣/٥٨١)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/٦٤٨)، و«نصب الراية» (٤/١٨٩)، و«البدر المنير» (٩/٣٩٠)، و«مجمع الزوائد» (٤/٣٥)، و«التلخيص الحبير» (٤/١٧٣).

(٤) لم أقف علىٰ سبب الحديث ـ الذي ذكره المصنف ـ في حديث جابر هذا، وقد سبق أنه في=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

والمَعْنَىٰ الفقهي يدلُّ عَلَيْه: وهو أنَّ الذَّكاة مبنيَّة علىٰ قدر الوسع بدليل أنَّها ذبحٌ تامٌّ فِي محلٍّ خاصٍّ عِنْدَ القدرة، وعِنْدَ العجز يكتفىٰ بجرحٍ دونه فِي أيِّ محِلٍّ كان، فإذا وقع العجز عن جرح النَّفس يكتفىٰ بجرح غَيْرها، إذا كَانَ لذَٰلِكَ الجرح أثرٌ فِي إماتتها؛ لأنَّها فِي الأحوال كلِّها ماتت بجرحٍ بقدر الإمكان، وأمر الذَّكاة مبنيٌّ عَلَيْه.

دلَّ عَلَيْه أنَّ تَفَاوت مَا بين الذَّبح فِي محلِّه وبين جرح الرَّجُل فِي إِيجَاب موته أكثر من تَفَاوت مَا بين جرح[١] الجنين وذبح الأُمِّ؛ لَأَنَّ ذبح الأُمِّ يميته فِي الأغلب، وجرح الرَّجُل لا يميته فِي الأغلب. وإِنَّمَا يبقىٰ علينا أن نثبت أنَّ لذبح الأُمّ أثرًا فِي موت الجنين.

والدَّليل عَلَيْه: أنَّ الجنين فِي حكم جزءٍ منها من وجهٍ؛ لَأَنَّ الأمعاء متَّصلةٌ، ولهذا يتغذَّىٰ بغذاء الأَصْل كالأعضاء.

= حديث أبي سعيد رضي الله عنه.

وحديث جابر رضي الله عنه رواه أبو داود (٢٨٢٨)، والطبراني في «المعجم الأوسط» (١٠١/٨)، والحاكم في «المستدرك» (٧١٠٩)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٩٤٨٨) من طريق إسحاق بن إبراهيم بن راهويه، حدثنا عتاب بن بشير، حدثنا عبيد الله بن أبي زياد القداح المكي، عن أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله، عن رسول الله ﷺ، قال: «ذكاة الجنين ذكاة أمه».

قال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن عبيد الله بن أبي زياد إلا عتاب، تفرد به: إسحاق بن راهويه».

وقال الحاكم في «المستدرك»: «هذا حديث صحيح علىٰ شرط مسلم ولم يخرجاه. وإنما يعرف من حديث ابن أبي ليلىٰ، وحماد بن شعيب، عن أبي الزبير، وقد روي بإسناد صحيح عن أبي هريرة». قال عبد الحق الإشبيلي في «الأحكام الوسطىٰ» (١٣٥/٤): «عبيد الله بن أبي زياد ضعيف الحديث». وانظر: «بيان الوهم والإيهام» (٢٢٠/٣)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٦٤٨/٤)، و«نصب الراية» (١٨٩/٤).

[١] «أ» «ن» (ذبح)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وكَذَلِكَ فِي الأحكام لَوْ أعتق الأُمَّ إِلَّا مَا فِي البطن عتق مَا فِي البطن ؛ كَمَا لَوْ أعتقها إِلَّا يدها ، ولو اعتبر شخصًا علىٰ حدةٍ لصحَّ[١] الاستثناء ؛ كَمَا بعد الانفصال.

وكَذَلِكَ إذا وهبها إِلَّا مَا فِي بطنها ، فإنَّ الوَلَد يَصِير هبةً ، وكَذَلِكَ الوصيَّة ، وكَذَلِكَ مَا لا يبطل بالشَّرط ، ولأنَّه لما استثنىٰ لَمْ يعتق بتناول الإِيجَاب إيَّاه ، فَلَمْ يبق إِلَّا أنَّه عتق ؛ لأنَّه بعض من تناوله العتق ، وإذا ثبتت البعضيَّة من وجهٍ تركيبًا وحُكْمًا أثَّر جرح الأُمِّ فِي إماتته ؛ كَمَا فِي سائر الأعضاء.

ولا مَعْنَىٰ لقولكم: إنَّه ينخنق ؛ لأَنَّ الانخناق بسَبَب الجرح المبيح لا يُوجِب الحُرْمَة ؛ ولأَنَّ الأسباب المحَرّمَة إذا اجتمعت إِلَىٰ المبيحة لا توجب الحُرْمَة إذا كان يمكن[٢] الاحتراز عنها ، فأمَّا إذا لَمْ يمكن فلا . أَلَا ترىٰ أنَّ من رمىٰ صَيْدًا فِي الهواء ، فوقع علىٰ الأرض فمات = لَمْ يحرم ، والوقوع علىٰ الأرض سبب محرِّم[٣] ؛ لأنَّه لا يمكن الاحتراز عنه فِي مثل هَذَا الصَّيْد ، فصار عفوًا ، ولو وقع علىٰ جبلٍ ثُمَّ تردَّىٰ حرم ؛ لأنَّه يمكن الاحتراز عنه ، والجنين ممَّا لا يمكن الاحتراز عن انخناقه فِي البطن إذا أُريد تذكيته بسَبَب تذكية الأُمِّ.

ولا مَعْنَىٰ بأن يُقَال: إنَّه يمكن أن يذبح بنفسه ؛ لأنَّه غَيْر ممكنٍ حسًّا[٤] ؛ لأَنَّ المذبح مختفٍ ؛ ولأنَّه لا يمكن إِلَّا بشقِّ بطن الأُمِّ ، وذلك حرامٌ ، فثبت أنَّ الصَّحيح مَا قلناه.

---

[١] «أ» «ن» (يصح) ، والمثبت من «ص».
[٢] «أ» (لا يمكن) ، والمثبت من «ن» و«ص».
[٣] «أ» «ن» (ليست بمحرِّم) ، والمثبت من «ص».
[٤] «أ» «ن» (جنينا) ، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

[ولا مَعْنَىٰ بأن يُقال][1]: بأنَّ الجنين لَوْ كَانَ عضوًا لما تذكي بذكاة نفسه؛ لأنَّه عضوٌ من وجه نفس من وجه علىٰ حدةٍ، فمن حَيْثُ إنَّه نفسٌ يتذكَّىٰ بذكاة نفسه، ومن حَيْثُ إنَّه عضوٌ يتذكي بذكاة الأَصْل؛ بناءً للذَّكاة علىٰ قدر الوسع، وذلك باعتبار الجزئيَّة ليَصِير ميتًا بجرح الأَصْل.

دلَّ عَلَيْه أنَّ ذبح الحامل يحِلُّ، ولو كَانَ تخنيقًا للجنين لحرم لما فيه من تضييع الحيوان.

أَلَا ترىٰ أَنَّا نهينا عن رجم الحامل لما أنَّ رجمها رجمٌ للحمل حكما، وهو ليس بمحلٍّ للرَّجم، فهذه حججٌ واضحةٌ.

وأمَّا الخبر[2] فلا جواب عنه، ويحتمل أنَّه لَمْ يبلغ أبا حنيفة، وبقولهم نقول.

ولأبي حنيفة: أنَّ الجنين نفسٌ علىٰ حدةٍ. أَلَا ترىٰ أنَّه ينفصل عن[3] الأمِّ، فيكون نفسًا علىٰ حدةٍ، وكذلك يقبل الذَّكاة علىٰ حدةٍ بالإِجْمَاع، والعضو لا يقبل الذَّكاة، فلا يتذكَّىٰ بجرح غَيْره؛ قِيَاسًا علىٰ مَا بعد الانفصال، والذَّكاة ـ وإن بنيت علىٰ الوسع ـ فلا بدَّ من جرح الذَّبيح، والعجز عن أَصْل الجرح لا يبيح بغَيْر جرح، والإِشْكَال قائمٌ، والله أعلم.

❊ ❊ ❊

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] «أ» «ن» (المعتبر)، والمثبت من «ص».

[3] «أ» «ن» (عنه)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

فَصْـلٌ
الصَّيْد الحَلَال

|١٤٨٣| مسألةٌ: لا يحِلُّ من دوابِّ[١] البحر إِلَّا السَّمك.

وقال مالك: يحلُّ جميع الدَّواب في[٢] البحر(٣).

لقول الله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ صَيْدُ ٱلْبَحْرِ﴾ [المائدة: ٩٦] من غير تفصيل، وقال تعالى: ﴿وَطَعَامُهُۥ مَتَٰعًا لَّكُمْ وَلِلسَّيَّارَةِ﴾ [المائدة: ٩٦]، ولم يفصل.

وقال رسول الله ﷺ وقد سئل عن البحر: «هو الطَّهور ماؤه والحِلُّ ميتته»(٤)، وَلَمْ يفصل.

وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: «مَا من دَابّة فِي البحر إِلَّا وهي ذكيَّة ذكَّاها

[١] «أ» «ن» (ذوات)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» «ن» (ذوات)، والمثبت من «ص».

(٣) انظر: «المدونة» (١/٥٣٧)، و«البيان والتحصِيل» (٣/٢٩٩).

(٤) رواه مالك في «الموطأ» (٢/٣٠، برقم: ٦٠)، ومن طريقه رواه أحمد (٧٢٣٣)، وأبو داود (٨٣)، والترمذي (٦٩)، والنسائي (٥٩)، وابن ماجه (٣٨٦)، كلهم عن صفوان بن سليم عن سعيد بن سلمة من آل الأزرق أن المغيرة بن أبي بردة ـ وهو من بني عبد الدار ـ أخبره أنه سمع أبا هريرة يقول جاء رجل إلى رسول الله ـ ﷺ ـ فقال يا رسول الله إنا نركب البحر، ونحمل معنا القليل من الماء؛ فإن توضأنا به عطشنا، أفنتوضأ به؟ فقال رسول الله ـ ﷺ ـ: «هو الطهور ماؤه الحل ميتته». قال الترمذي (١/١٠١): «هذا حديث حسن صحيح». وقال البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (١/٢٢٣): «هذا حديث أودعه مالك بن أنس كتاب الموطأ. وأخرجه أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني، وجماعة من أئمة الحديث في كتبهم محتجين به، وقال أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي: سألت محمد بن إسماعيل البخاري عن هذا الحديث، فقال: هو حديث صحيح».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الله تعالىٰ، فكلوا علىٰ كلِّ حالٍ»(١).

ولَأَنَّ السَّمك حل؛ لأنَّه نشأ في الماء، فنشأ طاهرًا لا دم فيه، فَلَمْ يحتج إِلَىٰ ذكاةٍ، وهذا المعْنَىٰ موجودٌ فِي سائر الدَّواب[٢].

إلَّا أنَّا نحتجُّ بقول الله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾ [المائدة: ٣] وهذه الدَّواب عِنْدَكم تحلُّ بلا تذكية؛ وإنَّه لا ذكاة لها؛ لأنَّه لا دم لها ولا أوداج ولا حلقوم، والذَّكاة [فِي][٣] الأَصْل[٤] بقطعها.

وقال رسول الله ﷺ لمَّا استثنىٰ منه: «أحلَّت لنا ميتتان ودمان أمَّا الميتتان فالسَّمك والجراد، وأما الدمان فالكبد والطحال»(٥).

(١) رواه الدارقطني (٤٧١٩)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٨٩٦٨) بلفظ: «ما في البحر من شيء إلا قد ذكاه الله لكم». وفي رواية: «إن الله ذبح لكم ما في البحر فكلوه كله فإنه ذكي». وانظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/٦٧٠)، و«البدر المنير» (٩/٤١١)، و«التلخيص الحبير» (٤/٣٩٣).

[٢] «أ» (الروايات)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «ن» «أ» (الأصلي).

(٥) رواه أحمد (٥٧٢٣)، وابن ماجه (٣٢١٨)، من طريق عبد الرحمن بن زيد بن أسلم، عن زيد بن أسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما: الحديث...». قال البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١/٣٨٥): «أولاد زيد هؤلاء كلهم ضعفاء جرحهم يحيىٰ بن معين وكان أحمد بن حنبل وعلي بن المديني يوثقان عبد الله بن زيد إلا أن الصحيح من هذا الحديث هو الأول ـ أي الموقوف ـ»، وصحح إسناده موقوفا من طريق سليمان بن بلال، عن زيد بن أسلم، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما. وقال: «هذا إسناد صحيح وهو في معنىٰ المسند، وقد رفعه أولاد زيد عن أبيهم». وانظر: «الضعفاء الكبير» للعقيلي (٢/٣٣١)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/٦٤١)، و«نصب الراية» (٤/٢٠٢)، و«البدر المنير» (١/٤٤٨).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

[فقصر الحكم عليهما دل أنَّ مَا سواهما تحت المستثنىٰ منه][1]، وأنَّه دخل تحت التَّحْرِيم ما لَه دمٌ، وما لا دم له شَرْعًا لَمْ نعقل علَّته؛ كَمَا حرم ذبيحة المجوسيِّ شَرْعًا لا لخبث فِي المأكول عقلًا. ولهذا كرهنا أكل الزُّنبور والنَّحل والخنفساء، ونحوها ممَّا لا دم لها من صَيْد البرِّ.

وأمَّا الجَوَاب عن صَيْد البحر: فالآية وردت لبيان مَا يحرم بالإحرام ممَّا لا يحرم به، لا لبيان مَا حرم بنفسه؛ وإِنَّمَا بيان هذه الحُرْمَة فِي آيتنا: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ﴾ الآية[2]، وأمَّا الخبر فينصرف إِلَىٰ مَا فُسِّر من الميتة فِي خبرنا.

ولأنَّه بيَّن أنَّ ميتة البحر لا تحرم بالموت؛ بخِلَاف ميتة البرِّ، وعِنْدَنا هذه الحيوانات لَمْ تحرم بسبب الموت؛ بَلْ كَانَت مُحرَّمَة الأكل من الأَصْل، لأنَّها مستخبثة؛ كالضِّفدع والسَّرطان ونحوهما، والله تعالىٰ حرَّم الخبائث كلها كرامةً لنا.

وأما حديث أبي بكر فلَا يعرف له أَصْل، ولأنَّا لا ندع كتاب الله تعالىٰ بقوله.

|١٤٨٤| **مسألةٌ**: وأمَّا الطَّافي من السَّمك فمكروهٌ عِنْدَنا.

وقال الشَّافعي: حَلَال(٣).

لقوله ﷺ «أحلَّت لنا ميتتان ودمان أمَّا الميتتان فالسَّمك والجراد، [وأما

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

[2] «أ» (إلىٰ آخرها).

(٣) انظر: «الأم» للشافعي (٢/٢٥٢)، و«الحاوي الكبير» (١٥/٦٤).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الدمان فالكبد والطحال»][1] وَلَمْ يفصل. وقال النَّبي ﷺ ـ وقد سئل عن ماء البحر ـ: «هو الطَّهور ماؤه الحلُّ ميتته».

والقياس دليل عَلَيْه[2] لأنَّه لَوْ مات حتف أنفه دُونَ الجرح حلَّ وغَيْر الجرح لا يكون ذكاة، فعلم أنَّها تحلُّ غَيْر مذكَّاة كيف مَا كَانَت[3] كالجراد.

ولنا: حديثٌ خاصٌّ عن جابر بن عبد الله عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «فِي السَّمك مَا لفظه البحر فكلوه، وما نضب عنه الماء فكلوه، وما طفا علىٰ الماء فلا تأكلوه»(٤)، فهَذَا نصٌّ يقطع الشَّغب.

وعن علي رضي الله عنه أنَّه كَانَ يكره أكل الطَّافي، وكان يقول: «لا تبيعوا فِي أسواقنا طافيًا»(٥). وعن جابر بن عبد الله وعبد الله بن عمر وأبي هريرة[6] مثل مذهبنا(٧)،

---

[1] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[2] «أ» «ن» (دليلنا)، والمثبت من «ص».

[3] «أ» «ن» (مات)، والمثبت من «ص».

(٤) رواه أبو داود (٣٨١٥)، وابن ماجه (٣٢٤٧)، عن جابر بن عبد الله. والحديث ضعيف مرفوعا، قال أبو داود: «روىٰ هذا الحديث سفيان الثوري، وأيوب، وحماد، عن أبي الزبير، أوقفوه علىٰ جابر، وقد أسند هذا الحديث أيضا من وجه ضعيف عن ابن أبي ذئب، عن أبي الزبير، عن جابر عن النبي ﷺ». ورواه الدارقطني (٤٧١٦) من طريق إسماعيل بن عياش، عن إسماعيل بن أمية، عن أبي الزبير، عن جابر موقوفا من قوله. وقال الدارقطني: «وهو الصحيح». وقال الترمذي في «العلل الكبير» (ص: ٢٤٢): «سألت محمدا ـ يعني البخاري ـ عن هذا الحديث فقال: ليس هذا بمحفوظ، ويروىٰ عن جابر خلاف هذا، ولا أعرف لابن أبي ذئب عن أبي الزبير شيئا». وانظر: «السنن الكبرىٰ» للبيهقي (٩/٤٣٠).

(٥) لم أقف عليه مسندا، وهو في «بدائع الصنائع» (٥/٣٦).

[6] «أ» «ن» (وأبي مرة)، والمثبت من «ص».

(٧) انظر: «المحلىٰ بالآثار» (٦/٦١).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وإنَّه باب لا يعرف قِيَاسًا، فثبت أنهم قالوا ذلك سماعًا، ولا سماع إلَّا حديث جابر، فدلَّ علىٰ ثُبُوته عِنْدَهم.

|١٤٨٥| **مسألةٌ:** الضَّبُّ مكروهٌ.

وقال مالك والشَّافعي: لا يُكره[١].

لما وري عن النَّبي ﷺ أنَّه أُهدي إليه ضبٌّ، فقال لأصحابه: «كلوه» وَلَمْ يأكله «إنِّي أعافه»، فقيل له: أحرام هو؟ فقال: «لا؛ ولكن لَمْ يكن طعام قومي فأعافه»[٢].

إلَّا أنَّا نقول: إن هَذَا كان فِي الابْتِدَاء، ثمَّ حرم بقوله: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ ٱلْخَبَٰٓئِثَ﴾ [الأعراف: ١٥٧]، والضبُّ من الخبائث، قد عافه النَّبي ﷺ، ولأنَّه من جملة هوامِّ الأرض، ونوعٌ من الخبائث.

وروىٰ محمَّد بن الحسن عن عائشة رضي الله عنها: أنَّ النَّبي ﷺ أهدي إليه ضبٌّ فكرهه، فجاءت سائلة فأرادت عائشة أن تطعمها إيَّاه، فقال ﷺ: «أتطعمين مَا تكرهين»[٣]. وإنَّمَا يكره هَذَا للحرمة؛ لا لأنَّه يعافه بسَبَب العادة.

وعن عائشة رضي الله عنها أنَّ النَّبي ﷺ: «نهىٰ عن أكل الضبِّ»[٤]. وروىٰ

(١) انظر: «المدونة» (١/٥٤١)، و«الأم» للشافعي (٢/٢٦٥).

(٢) رواه البخاري (٥٣٩١)، ومسلم (١٩٤٦) من حديث ابن عباس.

(٣) رواه محمد بن الحسن في «الأصل» (٥/٣٥٨)، و«موطأ مالك بروايته» (ص٢٢٠) عن أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم النخعي، عن عائشة. والإسناد فيه انقطاع، فإن النخَعي لم يسمع من عائشة شيئاً. انظر «التعليق الممجد علىٰ موطأ محمد» (٢/٦٣٧).

(٤) لم أقف عليه من حديث عائشة رضي الله عنها، وروىٰ أبو داود (٣٧٩٦)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ»=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

أبو الحسن الكرخي بإسناده عن عبد الرحمن بن حسنة أنَّه قال: نزلنا[١] مَعَ النَّبي ﷺ بأرضٍ كثيرة الضِّباب فاصطدناها ـ وإنَّ القدور[٢] لتغلي بِهَا ـ فقال النَّبي ﷺ: «أكفوها بما فيها فإنَّها أمَّةٌ مسخت»(٣).

وعن علي رضي الله عنه أنَّه كرهه(٤)، والله أعلم.

|١٤٨٦| مسألةٌ: الضَّبع لا يؤكل عندنا.

وقال الشَّافعي: يؤكل(٥).

لما روي أنَّ رجلًا سأل جابر بن عبد الله عن الضَّبع: أصَيْد هو؟ فقال: نعم. فقال الرَّجل: أحَلَال هو؟ فقال: نعم فقال: أعن رسول الله؟ فقال: نعم(٦).

= (١٩٤٢٨) من طريق ابن عياش، عن ضمضم بن زرعة، عن شريح بن عبيد، عن أبي راشد الحبراني، عن عبد الرحمن بن شبل: «أن رسول الله ﷺ نهى عن أكل لحم الضب». وإسناده ضعيف، وفي «مختصر الخلافيات» (٥/٨٨): «وَإِسْمَاعِيل بن عَيَّاش لَيْسَ بِالْقَوِيّ عِنْدهم». وانظر: «العلل المتناهية في الأحاديث الواهية» (٢/١٧٢)، و«نصب الراية» (٤/١٩٥).

[١] «أ» «ن» (نزلت)، والمثبت من «ص».

[٢] «أ» (القبور)، والمثبت من «ن» و«ص».

(٣) رواه أحمد (١٧٧٥٧)، والبيهقي السنن الكبرئ (١٩٤٢٤) من حديث عبد الرحمن بن حسنة، قال: قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر، فنزلنا أرضا كثيرة الضباب، قال: فأصبنا منها وذبحنا، قال: فبينا القدور تغلي بها، إذ خرج علينا رسول الله ﷺ، فقال: «إن أمة من بني إسرائيل فقدت، وإني أخاف أن تكون هي فأكفئوها فأكفأناها». ورجاله رجال الصحيح. انظر: «مجمع الزوائد» (٤/٣٧).

(٤) رواه محمد بن الحسن الشيباني في «موطأ مالك ـ بروايته ـ»، (ص: ٢٢٠، برقم: ٦٧٨) عن عبد الجبار بن عباس الهمداني، عن عزيز بن مرثد، عن الحارث، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، أنه «نهى عن أكل الضب والضبع».

(٥) انظر: «الأم» للشافعي (٢/٢٦٥)، و«المهذب» للشيرازي (١/٤٤٩).

(٦) رواه أحمد (١٤١٦٥)، وابن ماجه (٣٢٣٦)، والترمذي (٨٥١)، والنسائي (٢٨٣٦)=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وهذا عِنْدَنا علىٰ ابتداء الأمر، ثُمَّ نسخ بما روي عن النَّبي ﷺ أنَّه نهىٰ عن أكل ذي ناب من السِّباع ومخلب من الطَّائر، وقد رواه محمَّد بن الحسن(١).

والمَعْنَىٰ فيه: أنه سبع، فيحرم أكله؛ قِيَاسًا علىٰ الكلب، وإنَّه وصفٌ مؤثِّر[٢]؛ لَأَنَّ السَّبع مختطفٌ[٣]، وطبع الاختطاف ذميمٌ فيعدوا إِلَىٰ الآكل بالأكل، فصين عنه كرامةً له؛ لَأَنَّ الإباحة فِي الأَصْل كَانَت كرامةً.

ولأنَّه نشأ من الجيفة المحُرَّمَة، فيشبه الإبل الجلَّالة.

ولأنَّه نجس اللَّحم؛ بدليل نجاسة لعابه ـ علىٰ مَا مرَّ فِي كتاب الصَّلاة ـ واللُّعاب يتولَّد من اللَّحم.

|١٤٨٧| مسألةٌ: أكل الحمار مكروهٌ.

وقال بعض النَّاس: يحل(٤).

= عن ابن أبي عمار ـ وهو عبد الرحمن ـ قال: سألت جابر بن عبد الله عن الضبع، أصيد هو؟ قال: نعم. قلت: آكلها؟ قال: نعم. قلت: أشيء سمعته من رسول الله ـ ﷺ ـ؟ قال: نعم». قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وقال الحاكم في «المستدرك» (٦٢٣/١): «هذا حديث صحيح، ولم يخرجاه». وقال الترمذي في «العلل الكبير» (ص: ٢٩٧): «سألت محمدا عن هذا الحديث فقال: هو حديث صحيح».

(١) رواه محمد بن الحسن الشيباني في «الأصل» (٣٥٢/٥) عن حجاج بن أرطأة عن ميمون بن مهران عن ابن عباس أنه قال: «نهىٰ رسول الله ـ ﷺ ـ عن كل ذي مخلب من الطير، وعن كل ذي ناب من السباع».

[٢] «أ» «ن» (وإنه كلام معنوي)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» زيادة (وباهت).

(٤) انظر: «المغني» لابن قدامة (٤٠٧/٩).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

لما روي أنَّ رجلًا سأل النَّبي ﷺ، فقال: إنَّه لَمْ يبق لي من مالي إلَّا حمير أهليَّة، فقال ﷺ: «كُلْ من سمين مالك»(١).

ولأنَّ البريَّة تحلُّ، فكَذَٰلِكَ الأهليَّة.

إلَّا أنَّا نقول: إنَّه كَانَ علىٰ أوَّل الأمر. والْمُرَاد به: آجرها، وكلْ من غلَّتها.

بدليل مَا روىٰ محمَّد بن الحسن أنَّ النبي ﷺ «نهىٰ عن أكل لحوم الحمر الأهليَّة يوم خيبر»(٢)، والقياس متروكٌ به.

وقال سعيد بن جبير: «إنَّمَا حرَّم رسول الله ﷺ الحمر الأهليَّة البتَّة»(٣)، والله أعلم.

|١٤٨٨| مسألةٌ: وأمَّا الخيل فمكروهٌ عِنْدَ أبي حنيفة.

وقالوا جميعا: تحلُّ.

لما روىٰ جماعة: أنَّا أكلنا لحم الخيل علىٰ عهد رسول الله ﷺ(٤).

---

(١) رواه ابن أبي شيبة (٢٤٣٣٨)، وأبو داود (٣٨٠٩) عن غالب بن أبجر. قال أبو داود: "عبد الرحمن: هذا هو ابن معقل" قال أبو داود: روىٰ شعبة هذا الحديث عن عبيد أبي الحسن، عن عبد الرحمن بن معقل، عن عبد الرحمن بن بشر، عن ناس من مزينة أن سيد مزينة أبجر أو ابن أبجر سأل النبي ﷺ. وأعله البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (٩/٥٥٧) باضطراب إسناده، وقال: «ومثل هذا لا يعارض به الأحاديث الصحيحة التي قد مضت مصرحة بتحريم لحوم الحمر الأهلية».

(٢) رواه البخاري (٤٢١٦)، ومسلم (١٤٠٧) من حديث علي ﷺ: «أن النبي ﷺ نهىٰ عن نكاح المتعة يوم خيبر، وعن لحوم الحمر الأهلية».

(٣) انظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص (٧/٢٨٤).

(٤) رواه البخاري (٥٥١٠)، ومسلم (١٩٤٢) من حديث أسماء بنت أبي بكر ﷺ، قالت: «نحرنا علىٰ عهد النبي ﷺ فرسا فأكلناه».

CamScanner الممسوحة ضوئيا بـ
CamScanner

ولأنَّ سؤرها طاهر، وكلُّ دَابَّةٍ طهر سؤرها حلَّ أكلها.

ويحتج لمسائل الإباحة بقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا﴾ [الأنعام: ١٤٥].

ويُحتجُّ لأبي حنيفة[١]: بمَا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنَّه كرهها(٢)، وتأوَّل قول الله تعالى: ﴿وَٱلۡخَيۡلَ وَٱلۡبِغَالَ وَٱلۡحَمِيرَ لِتَرۡكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨]، فالله تعالى ساق هذه الآية لبيان المنَّة على عباده بما أنعم به عَلَيْهم من هذه الحيوانات، ولو كَانَت الخيل والحمير مأكولةً لما ترك منَّة الأكل؛ لأَنَّ المنَّة فيه أعظم. أَلَا ترى أنَّ الأنعام لمَّا كَانَت مأكولةً ذكر الأكل فقال: ﴿وَمِنۡهَا تَأۡكُلُونَ﴾ [النحل: ٥]، وتبيَّن بهذا أنَّ الخيل ممَّا وجد فيما أوحى[٣] الله إليه محرما، وكَذَلِكَ سائر المسائل؛ لأنَّها حرمت لضرب خَبَث؛ والله تعالى حرَّم الخبائث.

ومنها مَا حرَّمها النبي ﷺ، وذلك فيمَا أوحي إليه؛ إلَّا أنَّه وحيٌ غَيْر متلو. وروى أبو الحسين الكرخي بإسناده عن مقداد بن معدي كرب عن النبي ﷺ أنَّه قال: «حرامٌ عليكم الحمر الأهليَّة وخيلها وبغالها وكلَّ ذي نابٍ من السِّباع وكلَّ ذي مخلب من الطَّير»(٤).

وروى أبو الحسين أَيْضًا بإسناد عن خالد بن الوليد أنَّ النبي ﷺ «نهى عن لحوم الحمر الأهليَّة والخيل والبغال يوم خيبر»(٥).

---

[١] «أ» «ن» (ويحتج أيضا)، والمثبت من «ص».

(٢) لم أقف عليه.

[٣] «أ» «ن» (أوصى)، والمثبت من «ص».

(٤) هو حديث خالد الآتي.

(٥) رواه أحمد (١٦٨١٦)، وأبو داود (٣٨٠٦)، والنسائي (٤٣٣١)، وابن ماجه (٣١٩٨) من حديث صالح بن يحيى بن المقدام، عن جده المقدام بن معدي كرب، عن خالد بن الوليد، قال:=

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وعن مقداد بن الأسود عن النبي ﷺ أنَّه قال: «ما بال أحدكم يتكئ على أريكته ويقول: مَا وجدنا فِي كتاب الله حَلَالًا أحللناه وما وجدنا فِي كتاب الله حَرَامًا حرَّمناه ؛ أَلَا وأنِّي حرمت عليكم لحوم الخيل والبغال والحمير الأهليَّة»(١).

ولِأَنَّ البغل حرامٌ ـ وإن ولدته[٢] رَمَكة(٣) ـ ولو حلَّت الرَّمكة لحلَّ ولدها ؛ كولد الشَّاة ـ وإن حملت من ذئبٍ ـ ، وولد الأتان البريَّة من الحمار. إِلَّا أنَّ أبا حنيفة قال بطهارة سؤره ؛ لأنَّه كرهه لاحترامه ؛ لا لنجاسته ؛ كالأدميِّ ، وهذا لأنه يحتاج إليه لإرهاب عدوِّ الله ، وكان معدودًا من عسكر المسلمين ؛ حَتَّىٰ كَانَ لها[٤] سهمٌ فِي الغنيمة[٥] ، وقد روىٰ الحسن بن زياد عن أبي حنيفة: أنَّ سؤره مكروهٌ ، والله أعلم بالصَّواب. تم كتاب الصيد.

= " غزوت مع رسول الله ﷺ خيبر ، فأتت اليهود فشكوا أن الناس قد أسرعوا إلىٰ حظائرهم فقال رسول الله ﷺ: «ألا لا تحل أموال المعاهدين إلا بحقها ، وحرام عليكم حمر الأهلية ، وخيلها ، وبغالها ، وكل ذي ناب من السباع ، وكل ذي مخلب من الطير». قال أبو داود: «لا بأس بلحوم الخيل ، وليس العمل عليه» ، ثم قال: «وهذا منسوخ قد أكل لحوم الخيل جماعة من أصحاب النبي ﷺ منهم: ابن الزبير ، وفضالة بن عبيد ، وأنس بن مالك ، وأسماء بنت أبي بكر ، وسويد بن غفلة ، وعلقمة ، وكانت قريش في عهد رسول الله ﷺ تذبحها».

(١) رواه أحمد (١٧١٧٤) ، والترمذي (٢٦٦٤) ، وسنن ابن ماجه (١٢) من حديث المقدام بن معدي كرب الكندي ـ واللفظ لأحمد ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «ألا إني أوتيت الكتاب ومثله معه ، ألا إني أوتيت القرآن ومثله معه ، ألا يوشك رجل ينثني شبعانا علىٰ أريكته يقول: عليكم بالقرآن ، فما وجدتم فيه من حلال فأحلوه ، وما وجدتم فيه من حرام فحرموه ، ألا لا يحل لكم لحم الحمار الأهلي ، ولا كل ذي ناب من السباع ، ألا ولا لقطة من مال معاهد إلا أن يستغني عنها صاحبها ، ومن نزل بقوم ، فعليهم أن يقروهم ، فإن لم يقروهم ، فلهم أن يعقبوهم بمثل قراهم». قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب من هذا الوجه».

[٢] «أ» (ولد به) ، والمثبت من «ن» و«ص».

(٣) الرَّمَكَةُ: ـ بِفَتْحَتَيْنِ ـ الأنثىٰ من الْبَرَاذِينِ. انظر: «مختار الصحاح» (ص: ١٢٩).

[٤] «أ» «ص» (لهم) ، والمثبت من «ن».

[٥] «ص» (القسمة).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

كتاب الأضحية

[بسم الله الرحمن الرحيم][1]

|١٤٨٩| مسألةٌ [مسألةٌ][2]: قال علماؤنا: الأضحية وَاجِبةٌ على أهل الأمصار[3] المقيمِين البالغين.

وقال الشَّافعي: ليست بوَاجِبةٍ(٤).

لما روي عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «ضحُّوا فإنَّها سُنَّة أبيكم إبراهيم»(٥)، فبيَّن الأمر أنَّه سنَّة لا للوُجُوب. وقال: «ثلاث كُتبت[6] عليَّ، وهي لكم سنة»، وقال: «أمرت بثلاثٍ ـ وهي لكم سنَّة ـ: الوتر والأضحى [والضُّحى][7]»(٨).

---

[١] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ص»، والمثبت من «ن».

[٢] الترجمة ليست في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (اليسار).

(٤) انظر: «مختصر المزني» (٣٩١/٨)، و«حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء» (٣١٩/٣).

(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ وروى أحمد (١٩٢٨٣)، وابن ماجه (٣١٢٧) من طريق عن سلام بن مسكين، عن عائذ الله المجاشعي، عن أبي داود، عن زيد بن أرقم قال: قلت: أو قالوا: يا رسول الله ما هذه الأضاحي؟ قال: «سنة أبيكم إبراهيم». قالوا: ما لنا منها؟ قال: «بكل شعرة حسنة». قالوا: يا رسول الله فالصوف؟ قال: «بكل شعرة من الصوف حسنة». والحديث ضعيف؛ ففيه أبو داود ـ واسمه نفيع بن الحارث ـ متروك الحديث، وعائذ الله ـ وهو المجاشعي ـ ضعيف. وانظر: «الضعفاء الكبير للعقيلي» (٤١٩/٣)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (٤٣٩/٩).

[٦] «ص» (كتبن).

[٧] ما بين [ ] ليس في «أ»، والمثبت من «ن» و«ص».

(٨) رواه أحمد (٢٠٥٠) عن شجاع بن الوليد، عن أبي جناب الكلبي، عن عكرمة، عن ابن عباس، قال: سمعت رسول الله ﷺ، يقول: «ثلاث هن علي فرائض، وهن لكم تطوع: الوتر، والنحر،=

المسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وعن أبي بكر وعمر «أنَّهما كانا لا يضحيَّان السَّنة والسَّنتين مخافة أن يرىٰ النَّاس أنَّها وَاجِبة»(١).

وعن أبي مسعود الأنصاري أنَّه قال: «إنَّه ليغدوا علي ألف[٢] شاة، وأنا لا أضحي بوَاحِدة منها مخافة أن يرىٰ النَّاس أنَّها وَاجِبة»(٣). وعن ابن عمر رضي الله عنهما: أنَّها سنَّة(٤).

والمَعنىٰ يدل عليه؛ وهو: أنَّ المسافر لا تلزمه، فكَذَلِكَ المقيم؛ لأنَّها عبادة ماليَّة، والسَّفر لا تأثير له فِي تغيير العبادات الماليَّة، كالزكوات والكفَّارات الماليَّة، وإِنَّمَا تأثيره فِي البدنيَّات؛ لأَنَّ البدن تلحقه المشقَّة [بالسَّفر][٥] فخفف

= وصلاة الضحىٰ». والحديث ضعيف. قال البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (٦٥٨/٢): «أبو جناب الكلبي اسمه يحيىٰ بن أبي حية ضعيف، وكان يزيد بن هارون يصدقه ويرميه بالتدليس». وقال الذهبي في تعليقه علىٰ المستدرك (٤٤١/١): «ما تكلم الحاكم عليه وهو غريب منكر».

(١) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٩٠٣٤) عن أبي سريحة الغفاري، قال: أدركت أبا بكر أو رأيت أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا لا يضحيان ـ في بعض حديثهم ـ كراهية أن يقتدىٰ بهما». وانظر: «السنن الصغير» للبيهقي (٢٢٢/٢)، (١٥/١٤)، و«شرح السنة» للبغوي (٣٤٨/٤).

[٢] «أ» «ن» (العرف)، والمثبت من «ص».

(٣) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وروىٰ عبد الرزاق (٨١٤٩)، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٩٠٣٨)، عن أبي مسعود الأنصاري، قال: «إني لأدع الأضحىٰ، وإني لموسر مخافة أن يرىٰ جيراني أنه حتم عليَّ». وفي رواية: «هممت أن أدع الأضحية وإني لمن أيسركم؛ مخافة أن تحسب النفس أنها عليها حتم واجب».

(٤) رواه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» (١٩٠٤٠) عن أبي الخصيب ـ رجل من بني قيس بن ثعلبة ـ قال: شهدت ابن عمر رضي الله عنهما وسأله رجل عن شيء من أمر الأضحىٰ، فقال: أكره، أو اجتنب ـ شك وهب ـ، العور البين عورها، والعرجاء البين عرجها، والمريضة البين مرضها، والمهزولة البين هزالها. ثم قال له ابن عمر: لعلك تحسب حتما؟ قلت: لا ولكنه أجر وخير وسنة. قال: نعم».

[٥] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

عنه، والْمَال لا ينتقص بالسَّفر، ولا يتغَيَّر حكمه فِي صحَّة أداء الماليَّات.

ولأنَّه يأكل[١] منها، ولو وجبت لحرم أكلها[٢]؛ كَمَا فِي [دماء][٣] الكفَّارات فِي باب الحجِّ.

ولا يَلْزَم القضاء إذا ذَهَبَ الوقت، ولو وجبت لقضيت[٤]؛ كَمَا فِي سائر العبادات الموقتة.

ولأنَّه إتْلَاف مالٍ، وهو الذَّبح، فلا يَجِب إِلَّا بسَبَب من العبد؛ كالإعتاق.

بخِلَاف التَّمليكات، فإنَّها وجبت لإغناء الفقير.

وإِنَّمَا يُقال: عيد النَّحر؛ لَأَنَّ النَّحر يوجد فيه لَا لأنَّه وَاجِب، ونفس الإضافة تقتضي وجود[٥] المضاف إليه لا غَيْر.

ولنا مَا ذكر أبو عبيد فِي غريب الحديث وغَيْره: عن النَّبي ﷺ أنَّه قال: «إنَّ علىٰ كلِّ أهل بيتٍ فِي كلِّ عامٍ أضحاةً وعتيرة(٦)»(٧). و«علىٰ» كلمة إِيجَاب إِلَّا

---

[١] «أ» (لا يأكل)، والمثبت من «ن» و«ص».

[٢] «أ» «ن» (منه ولو وجب يحرم عليه)، والمثبت من «ص».

[٣] ما بين [ ] ليس في «أ» و«ن»، والمثبت من «ص».

[٤] «أ» «ن» (وجب يقضىٰ)، والمثبت من «ص».

[٥] «ص» (وجوب).

(٦) العتيرة: ذبيحة كَانَت تذبح فِي رجب يتقرب بِهَا أهل الجاهلية، ثُمَّ جاء الإسلام فكان عَلَىٰ ذلك حَتَّىٰ نسخ بعد. انظر: «تهذيب اللُّغَة» (٢/١٥٦)، و«غريب الحديث» لابن الجوزي (٢/٦٦).

(٧) رواه أحمد (٢٠٧٣١)، وأبو داود (٢٧٨٨)، والترمذي (١٥١٨)، والنسائي (٤٢٢٤)، وابن ماجه (٣١٢٥) من طريق أبي رملة، عن مخنف بن سليم، قال: ونحن وقوف مع النبي ﷺ بعرفة، فقال: «يا أيها الناس، إن علىٰ أهل كل بيت في كل عام أضحاة، وعتيرة، أتدرون ما العتيرة؟ هي التي يسميها الناس الرجبية». قال أبو داود: «العتيرة منسوخة، هذا خبر منسوخ». وقال الترمذي:

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

أنَّ العتيرة نسخت[١]، و«أَهْل البيت» يذكر ويراد به كلُّ وَاحِد منهم؛ كقول الله: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾ [آل عمران: ٩٧][٢]، ويذكر ويراد به القَيِّم عَلَيْهم؛ لأَنَّ اليسار يكون له وحده دونهم، فلا يَجِب فِي الجملة الأولىٰ إلا واحدٌ.

ولأَنَّ فيه إيجابا علىٰ وجه الشَّركة، وإنَّه ممتنعٌ بدليل الإِجْمَاع، فبقي الإيجاب[٣].

وقد روي من طريق الشُّذوذ: «أنَّ علىٰ كلِّ مسلم فِي كلِّ عامٍ أضحاة وعتيرة»، فيقبل، ويتأيَّد بالخبر[٤] المشهور. وقال رسول الله ﷺ فِي الخطبة ـ بعد صلاة العيد ـ: «من ضحَّىٰ قبل الصَّلاة فليعد، فإِنَّمَا هي شاة لحم»(٥)، والأمر علىٰ الوُجُوب[٦].

«هذا حديث حسن غريب، ولا نعرف هذا الحديث إلا من هذا الوجه من حديث ابن عون».

[١] «ص» (تستحب).

[٢] كذا في الأصول، والآية دليل علىٰ استعمال «علىٰ» في الدلالة علىٰ وجوب ما اقترنت به؛ فالأنسب أن تكون بعد قوله (نسخت)، والله أعلم.

[٣] «ص» (علىٰ الأَصْل الوُجُوب والخِلَاف فيه).

[٤] «أ» (بالحديث).

(٥) لم أقف عليه بهذا اللفظ، وروىٰ البخاري (٩٥٥)، ومسلم (١٩٦١) من حديث البراء بن عازب رضي الله عنه، قال: خطبنا النبي ﷺ يوم الأضحىٰ بعد الصلاة، فقال: «من صلىٰ صلاتنا، ونسك نسكنا، فقد أصاب النسك، ومن نسك قبل الصلاة، فإنه قبل الصلاة ولا نسك له»، فقال أبو بردة بن نيار خال البراء: يا رسول الله، فإني نسكت شاتي قبل الصلاة، وعرفت أن اليوم يوم أكل وشرب، وأحببت أن تكون شاتي أول ما يذبح في بيتي، فذبحت شاتي وتغديت قبل أن آتي الصلاة، قال: «شاتك شاة لحم» قال: يا رسول الله، فإن عندنا عناقا لنا جذعة هي أحب إلي من شاتين، أفتجزي عني؟ قال: «نعم ولن تجزي عن أحد بعدك».

[٦] «ص» زيادة (وقال رسول الله ﷺ: «من كَانَ له يسار وَلَمْ يضحِّ فلا يقربنَّ مصلانا» وبترك ما ليس بواجب لا يجب مثل هَذَا الوعيد).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

وقال النَّبي ﷺ: «ضحُّوا فإنَّها سنَّة أبيكم إبراهيم»(١) وقوله: «ضحُّوا» للإِيجَاب حَقِيقَة، وقوله «سنَّة أبيكم»، لا تنافي الإِيجَاب[٢]؛ لأنَّ السنَّة عِنْدَنا طريقة رسول الله ﷺ، وَاجِبةً كَانَت لهم أو غَيْر وَاجِبة.

علىٰ أنَّ سنة إبراهيم كَانَت فِي ذبح الفداء عن الوَلَد الذَّبيح صلوات الله عَلَيْهما، وذلك كَانَ وَاجِبًا، لأَنَّ ذبح الولد كَانَ وَاجِبًا وهذا قام مقامه، ولا مدخل للقياس فيه، لأن القُرَب لا تثبت قِيَاسًا.

ولكنا[٣] نتكلم فيها بالاستدلال، وهو أنَّه يُقال: عيد الأضحىٰ ويوم النَّحر، فلمَّا عرف اليوم بهذه الإضافة دلَّ علىٰ أنَّها موجودة لا محالة، والوجود لا محالة يدلُّ علىٰ الوُجُوب شَرْعًا، فإنَّه متىٰ لَمْ يَجِب وكان لهم التَّرك احتمل الوقت الخلوَّ عنه، ومتىٰ وجب وَلَمْ يحِلّ التَّرك لَمْ يحل؛ لأنَّهم[٤] مَع الوُجُوب لا يعرضون جميعًا عنه، وإن خلا عن الوجود لَمْ يخل عن الوُجُوب؛ وهذا كعيد الفطر لما أضيف إليه دلَّ علىٰ وُجُوبه، وشهر الصَّوم كَذَلِكَ.

فأمَّا الجَوَاب عن الأوَّل: فإنَّه حجَّتنا علىٰ مَا مرَّ.

وعن الثَّانِي أنَّا نقول به: فإنَّها كَانَت علىٰ رسول الله ﷺ مكتوبة من الله تعالىٰ، وعلينا وَاجِبة بالسنَّة، وهي دُونَ المكتوبة عِنْدَنا.

وعن أخبار الصَّحابة: أنَّه ليس فيها التَّرك مَعَ اليسار، فيحتمل التَّرك مَعَ

---

(١) سبق تخريجه.

[٢] «أ» (الوجوب).

[٣] «أ» (ولكن)

[٤] «أ» «ن» (لأنه)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

الفقر كيلا يرىٰ النَّاس أنَّها وَاجِبة فِي كلِّ حالٍ، ولأنَّا لا ندع الحديث المسند بخبر الصَّحابي.

وعن المَعْنَىٰ: أنَّ السُّقوط بالسَّفر لا يدلُّ علىٰ عدم الوُجُوب أصلًا؛ كالصَّوم، وكثير من العبادات البدنيَّة، فكذلك هَهنا ـ وإن كَانَ ماليًّا ـ؛ لَأَنَّ وقت التَّضحية أيَّام النَّحر لا غَيْر، والمسافر قلَّ مَا يحضره المَال فِي سيره، ولا يمكنه التَّضحية بمال غائب، ولا بعد الرُّجوع بعد أيَّام النَّحر، فيعجز عنها بالسَّفر، كَمَا يعجز عن الصَّوم أو يتعذَّر عَلَيْه.

بخِلَاف الكفَّارات؛ فإنَّها غَيْر موقتة فيؤدِّيها إذا رجع إِلَىٰ أهله، وكَذَٰلِكَ الزكاة.

فأمَّا قوله: «بأنَّه يأكل منها»، قلنا: أمَّا قبل التَّضحية، فلا ينتفع بِهَا لأنَّها[١] وَاجِبةٌ فيه[٢]، وأمَّا بعد التَّضحية فلأن القربة فِي إراقة الدَّم لا غَيْر، وليس تحت[٣] الأكل رجوع فيما أراق من الدَّم؛ بَل انتفاع.

وهذا الدَّم بخِلَاف سائر الكفَّارات؛ لَأَنَّ الكفَّارة غرامة علىٰ جناية فِي الجملة، فلا يمكنه أن ينتفع بما غرم[٤]، فيفوت مَعْنَىٰ الغرامة، وهذه قربة، والقربات مَا شرعت إِلَّا ليجازىٰ بما ينفعه، علىٰ أنَّه لا ينتفع بها مطلقًا، فإنَّه لا يبيعها[٥]، ولا ينتفع بثمنها[٦]، وإِنَّمَا ينتفع به أكلا؛ لَأَنَّ الله تعالىٰ أضاف عبيده

---

[١] «ن» (لأنا).

[٢] «ص» (لله تعالىٰ).

[٣] «أ» «ن» (يَجِب)، والمثبت من «ص».

[٤] «ص» زيادة (أو نسبته).

[٥] «أ» «ن» (يبيعه)، والمثبت من «ص».

[٦] «أ» «ن» (بثمنه)، والمثبت من «ص».

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

بقرابينه لطيبها[١] وحرَّم الصِّيام فيه، فصلح لكلِّ وَاحِدٍ، وفي باب الكَفَّارَات جعلها حَقَّ الفقراء؛ لِأَنَّ الكَفَّارَة سَبَبها جناية، فيتمكَّن فيها خبث الإثم، فصرفت[٢] إِلَىٰ الفقراء.

وأمَّا القضاء فوَاجِب إِلَّا أنَّه يتصدَّق بالأضحية ولا يذبحها؛ لِأَنَّ الذَّبح قربة فِي وقتٍ مخصوص عجز عنه شَرْعًا بمضيِّ[٣] الوقت، فيقضي بما شرع قربة من الصَّدقة، كالجمعة إذا ذَهَبَ وقتها قضىٰ بالظُّهر؛ لِأَنَّ ركعتين مَعَ الخطبة تقوم مقام أربعٍ شرعت[٤] فِي وقتٍ مخصوص، فَلَمْ يمكنه القضاء بعده، والرَّمي فِي الحجِّ وَاجِبٌ، ولا يقضىٰ بعد وقته؛ لأنَّه شُرع قربةً فِي وقتٍ مخصوصٍ.

وعن الأخير: أنَّ الإِتْلَاف لمَّا كَانَ قربةً وَاجِبةً شرع بسَبَب منَّا وجب أن يكون قربةً وَاجِبةً ابْتِدَاءً شَرْعًا؛ قِيَاسًا علىٰ التَّمليك مَعَ أنَّ القرب لا تثبت قِيَاسًا، ولا تنفىٰ قِيَاسًا، والله أعلم.

تمَّ كتاب الصَّيْد والذَّبائح بحمد الله وعونه، وحسن توفيقه[٥].

---

[١] «ص» (لطيبتها).

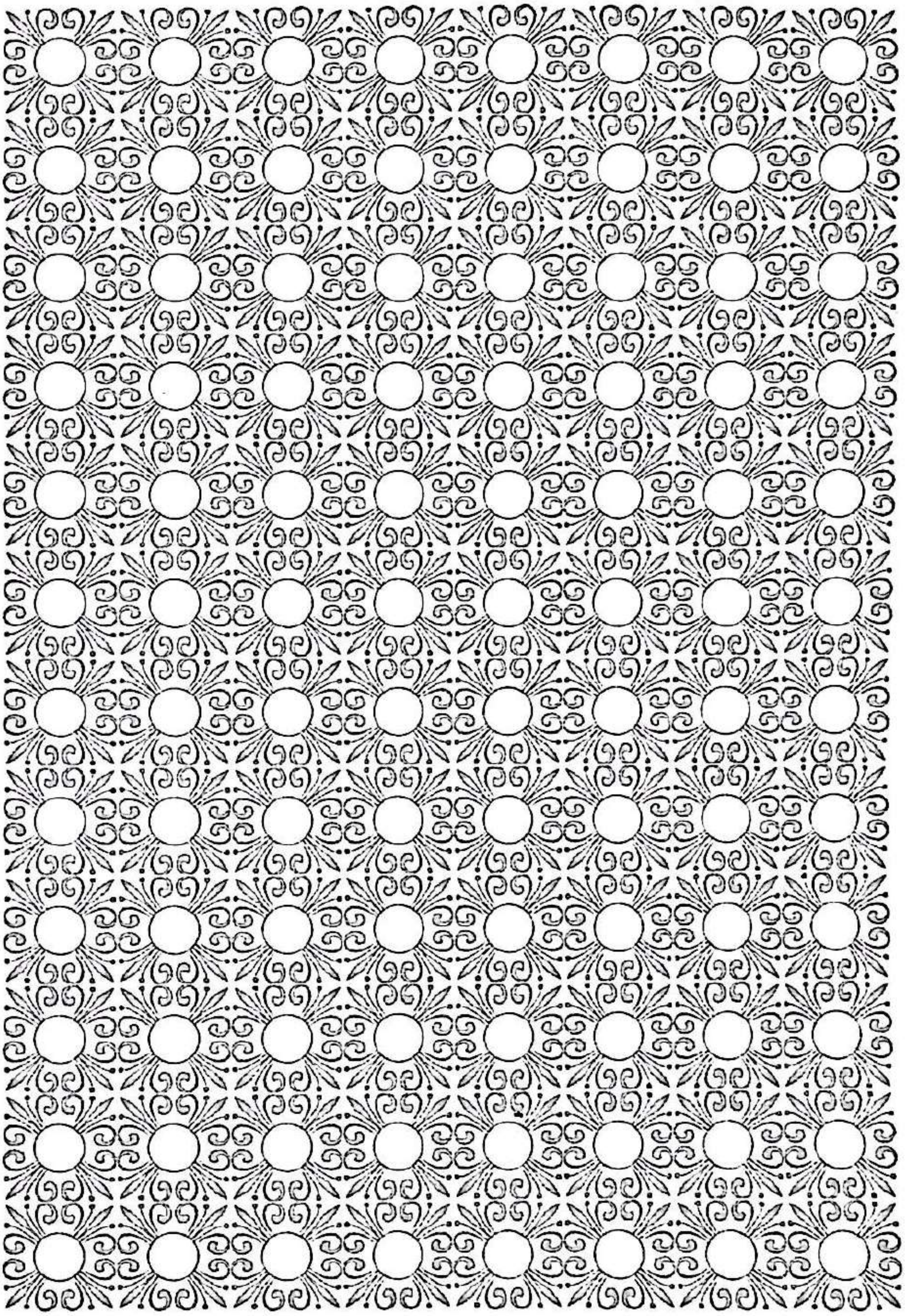
[٢] «أ» «ن» (فصرف)، والمثبت من «ص».

[٣] «ص» (بمقتضىٰ).

[٤] «أ» «ن» (شرع)، والمثبت من «ص».

[٥] بعده في «أ» (فرغ من إتمام كتابته يوم الجمعة من شهر جمادىٰ الأولىٰ من شهور سنة خمسة وثمانين وتسعمائة، وصلىٰ الله علىٰ سيدنا محمد وآله وصحبه الطيبين الطاهرين. آمين يا رب العالمين).
وهذا الكتاب هو آخر كتاب في «ن»، وبعده: (فرغ من إتمام كِتْبَتِه ـ صبيحة يوم الثلاثاء الثَّاني من شهر الله الأصم عظم الله بركته سنة سبع وثمانين وأربعمائة هجرية ـ عليُّ بن إسماعيل بن محمَّد النَّيسابوري).

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner



الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

قائمة إصدارات مشروع أسفار

١ ـ عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١)، تحقيق: د. مطلق بن جاسر الجاسر. سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٢ ـ المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح، تأليف: العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله العسكري الحنبلي (ت ٩١٠)، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد العميريني (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٣ ـ شرح القصيدة التائية في القدر لشيخ الإسلام ابن تيمية، تأليف: العلامة نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبدالقوي الطوفي (ت ٧١٦)، مع تحقيق نص القصيدة التائية، تحقيق: د. محمد نور الإحسان بن علي يعقوب (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٤ ـ رسالتان في مسألة القولين (وهي مسألة أصولية مذهبية مشهورة):

أ ـ نصرة القولين للإمام الشافعي، تأليف: العلامة أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت ٣٣٥)، تحقيق: أ. د. جميل بن عبدالمحسن الخلف (بحث محكم).

ب ـ حقيقة القولين، تأليف: العلامة أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. مسلم بن محمد الدوسري (بحث محكم). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٥ ـ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، إملاء: الحافظ المجتهد تقي الدين محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد المالكي ثم الشافعي (ت ٧٠٢)، تحقيق: عبد المجيد بن خليل العَمري، إِنْهَا حسن آية الله، يونس الوالدي، أحمد عبد الرحمن جِيفو (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٦ ـ الحواشي السابغات على أخصر المختصرات، تأليف الشيخ أحمد بن ناصر القعيمي، سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٧ ـ بلغة الوصول إلى علم الأصول، تأليف: عز الدين أحمد بن إبراهيم الكناني الحنبلي (ت٨٧٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان. سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٨ ـ تحصين المآخذ، تأليف: العلامة أبي حامد الغزالي (ت٥٠٥)، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي، د. محمد بن علي مسفر (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

٩ ـ النكت في المختلف (في الخلاف بين الشافعية والحنفية)، تأليف: العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور السمعاني الشافعي (ت٥٣٤) ابن أبي المظفر السمعاني، تحقيق: د. حسن بن عون العرياني، د. عبد الله بن محمد المعتق (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١٠ ـ المسائل المولدات (المشهور بفروع ابن الحداد)، تأليف: العلامة أبي بكر محمد بن أحمد الحداد الكناني المصري الشافعي (ت٣٤٤)، تحقيق: د. عبد الرحمن بن محمد الدارقي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١١ ـ حواشي ابن نصر الله على الفروع لابن مفلح، تأليف: محب الدين أحمد بن نصر الله التستري الحنبلي (ت ٨٤٤)، تحقيق: د. عبد الوهاب بن حميد، د. حسين بن حميد، د. ضيف الله الشهري (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٢ ـ البدرانية شرح المنظومة الفارضية، ويليه: كفاية المرتقي إلى معرفة فرائض الخرقي، تأليف: عبد القادر بن أحمد بن بدران الدومي الحنبلي (ت ١٣٤٦)، تحقيق: سامح جابر الحداد، مراجعة: د. منصور بن عدنان العتيقي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٣ ـ الممهد (شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني)، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي المالكي (ت ٤٢٢)، تحقيق: د. عبد المجيد خلادي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٤ ـ المنتخب من المحصول، تأليف: محمد بن عمر الرازي (ت ٦٠٦)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٥ ـ غرر المحصول، تأليف: عبد الله بن أبي منصور الواسطي البُزْزي (ت ٦٥٧)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٦ ـ فصل: المقال في هدايا العمال، تأليف: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي (ت ٧٥٦)، تحقيق: أنور بن عوض العنزي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٧ ـ الأوسط في أصول الفقه، تأليف: أحمد بن علي بن برهان الشافعي (ت ٥١٨)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٨ ـ بغية أولي النهى في شرح غاية المنتهى، تأليف: ابن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩)، ويليه: تكملته لإسماعيل الجراعي (ت ١٢٠٢)، تحقيق: عبد الله بن سعد الطُّخَيْس، كريم فؤاد محمد اللّمْعي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

١٩ ـ مسائل الخلاف، تأليف: القاضي الحسين بن علي الصَّيمري الحنفي (ت ٤٣٦)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢٠ ـ تنقيح الفصول في علم الأصول، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: سعد بن عدنان الخضاري. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢١ ـ المحصول في علم الأصول (تعليقة على مستصفى الغزالي على رسم الفقهاء)، تأليف: محمد بن سعد الخواري (من فقهاء القرن السادس)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيّات. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٢ ـ عيون الأدلة في مسائل الخلاف بين علماء الأمصار، تأليف: ابن القصار المالكي (ت ٣٩٧)، تحقيق: د. أحمد مغراوي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٣ ـ مختصر كتاب المحصول في علم الأصول، تأليف: تاج الدين عبد الرحيم بن محمد بن يونس الموصلي الشافعي (ت ٦٧١)، ويليه: غاية السول في علم الأصول، تأليف: علاء الدين علي بن محمد الباجي الشافعي (ت ٧١٤)، تحقيق: حسن معلم داود حاج محمد. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.

٢٤ ـ عيار النظر في علم الجدل، تأليف: أبي منصور عبد القاهر البغدادي (ت ٤٢٩)، تحقيق: أحمد عروبي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٥ ـ الإخلال بالنقل في مسائل أصول الفقه ـ الاجتهاد والتقليد والفتيا والتعارض والترجيح ـ دراسة استقرائية تحليلية، تأليف: محمد بن طارق بن علي الفوزان (رسالة دكتوراه حاصلة على التوصية بطبعها). سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٦ ـ شرح المنتخَب من المحصول، تأليف: شهاب الدين القرافي (ت ٦٨٤)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٧ ـ المفهم لصحيح مسلم، تأليف: أبي الحسن عبد الغافر بن إسماعيل الفاسي (ت ٥٢٩)، تحقيق: د. مشهور بن مرزوق الحرازي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٨ ـ التوضيح في شرح التنقيح (شرح تنقيح فصول القرافي)، تأليف: حلولو المالكي، أبي العباس أحمد بن عبد الرحمن الزليطني، تحقيق: أ. د. غازي بن مرشد العتيبي، د. بلقاسم بن ذاكر الزبيدي، د. عبد الوهاب بن عايد الأحمدي. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

٢٩ ـ الإبرازات المتعددة للكتاب، دراسة في مفهوم الإبراز، وتعدده، وتأسيسٌ لمنهج الحُكم على الكتاب بتعدُّد الإبراز، وطريقة تحقيقه، تأليف: أ. د. حاتم باي، سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠٢٠م.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

٣٠ ـ مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه) [نسخة مجردة عن حواشي التحقيق]، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣١ ـ مختصر الترمذي، تأليف: سليمان بن عبد القوي الطوفي الحنبلي (ت ٧١٦)، تحقيق: د. حسام الدين بن أمين حمدان، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٢ ـ الإحكام في اختصار أصول الأحكام (المختصر في أصول الفقه)، تأليف: ابن اللحام الحنبلي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٣ ـ إيضاح المشكل من أحكام الخنثى المشكل، تأليف: جمال الدين الإسنوي (ت ٧٧٢)، تحقيق: أنور بن عوض العنزي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٤ ـ الكفيل بالوصول إلى ثمرات الأصول (مختصر برهان الجويني)، تأليف: ابن المُنَيِّر المالكي (ت ٦٨٣)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٥ ـ الاصطلام في الخلاف بين الإمامين الشافعي وأبي حنيفة، تأليف: أبي المظفر السمعاني (ت ٤٨٩)، تحقيق: أ.د. نايف بن نافع العَمري، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٦ ـ نهاية الإقدام في مآخذ الأحكام، تأليف: القاضي شهاب الدين الزنجاني (ت ٦٥٦)، تحقيق: حمود بن عبد الله المسعر، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٣٧ ـ الطريق السالم إلى الله، تأليف: أبي نصر عبد السيد بن محمد البغدادي، المعروف بابن الصباغ (ت ٤٧٧)، تحقيق: محمد خير رمضان يوسف، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٣٨ ـ الغاية في شرح الهداية، تأليف: شمس الدين السروجي الحنفي (ت ٧١٤)، أربع عشرة رسالة دكتوراه، ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٣٩ ـ تعليقة في أصول الفقه، تأليف: عماد الدين الطبري المعروف بـ(إلكيا الهراسي) (ت ٥٠٤)، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف، والمثنى بن عبد العزيز الجرباء، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢٠م.

٤٠ ـ شرح صحيح البخاري، تأليف: قِوام السنَّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥)، تحقيق: د. عبد الرحيم بن محمد العزاوي، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٤١ ـ التحرير في شرح مسلم، تأليف: قِوام السنَّة إسماعيل التيمي الأصبهاني (ت ٥٣٥)،

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner

تحقيق: إبراهيم آيت باخة، سنة النشر: ١٤٤٢هـ، ٢٠٢١م.

٤٢ ـ مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه) ط. الموسّعة ذات الحواشي. تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٣ ـ شرح مختصر الكرخي، تأليف: أبي الحسن القُدُوري (ت ٤٢٨)، تحقيق: أ.د. عبد الله نذير أحمد عبد الرحمن، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٤ ـ النكت على كتاب البرهان، تأليف: أبي العزِّ تقي الدين المقترح (ت ٦١٢)، تحقيق: د. علي بن عبد الرحمن بسام، راجعه: إبراهيم بن صالح الخزّي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٥ ـ نظم الوجيز، تأليف: أبي الفتح نصر الله التستري البغدادي الحنبلي (ت ٨١٢)، تحقيق: طارق بن سعيد آل عبد الحميد الدوسري، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٦ ـ مجموعة التصحيح السبكي، تأليف: تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي (ت ٧٧١)، ويتضمن ثلاثة مصنفات؛ توشيح التصحيح، تحقيق: د. عبد الله الطخيس وكريم اللمعي. تصحيح ترجيح الخلاف، تحقيق: محمد بن أحمد آل رحَاب. ترشيح التوشيح وتوضيح الترجيح، تحقيق: د. حسن أبو ستَّة وعبد الصمد البلوشي، بإشراف ومراجعة: حذيفة بن فهد كعك، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٧ ـ شرح المقترَح في المصطلح، تأليف: تقي الدين المقترح الشافعي (ت ٦١٢)، تحقيق: أحمد محمد عرُّوبي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٨ ـ نهاية السول في دِراية المحصول، تأليف: القاضي المفضَّل بن سلطان الحموي، المعروف بابن حاذور (ت ٦٦٠)، تحقيق: د. محمد بن عبد الله العثمان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢١م.

٤٩ ـ المسكت، تأليف: الزبير بن أحمد الزبيري (٣١٧هـ)، تحقيق: عبدالله الثلاج. الأقسام والخصال، تأليف: أحمد بن عمر الخفاف (٣٦٢هـ)، تحقيق: حذيفة كعك. شرائط الأحكام، تأليف: عبدالله بن عبدان الهمذاني (٤٣٣هـ)، تحقيق: عبدالصمد النذير، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٠ ـ جزء من التقريب والإرشاد، تأليف: أبي بكر الباقلاني (ت٤٠٣هـ)، تحقيق: عدنان العبيات، تاريخ النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner

CamScanner

٥١ ـ أصول السرخسي (المسمى: تمهيد الفصول في الأصول)، تأليف: شمس الدين السرخسي (ت٤٨٨هـ)، تحقيق: د. عبدالله السيِّد، د. رائد العصيمي، د. عسكر بن طعيمان، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٢ ـ غاية الأمل في شرح الجمل، تأليف: عبد العزيز بن إبراهيم؛ الشهير بابن بزيزة المالكي (ت٦٦٢هـ)، تحقيق: إبراهيم بلفقيه اليوسفي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٣ ـ كفاية اللبيب في شرح التهذيب؛ تأليف: شهاب الدين القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: د. وديع أكونين، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٤ ـ تقرير الحكم الشرعي في تنفيذ الطلاق البدعي، تأليف: صلاح الدين العلائي (٧٦١هـ)، ملحقٌ به: فصلٌ في عدم وقوع طلاق الحائض، تأليف: شيخ الإسلام ابن تيمية (٧٢٨هـ)، تحقيق: عبدالقادر محمد السيقي، سنة النشر: ١٤٤٣هـ، ٢٠٢٢م.

٥٥ ـ شرح التفريع، تأليف: شهاب الدين القرافي (٦٨٤هـ)، تحقيق: د. خالد اللوزي، وإبراهيم باخة، سنة النشر: ١٤٤٤هـ، ٢٠٢٢م.

٥٦ ـ المعراج إلى مسائل المنهاج، تأليف: شمس الدين الموصلي (٧٧٤هـ)، تحقيق: د. أحمد عبد العال، وعبد الرحمن نور الدين، سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٢م.

٥٧ ـ الاستشفا من كتاب الشفا، تأليف: أبي بكر بن العربي المعافري (٥٤٣هـ)، تحقيق: د. عبد الله التوراتي، سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٢م.

٥٨ ـ عارضة الأحوذي على كتاب الترمذي، تأليف: أبي بكر بن العربي المعافري (٥٤٣هـ)، تحقيق: حذيفة كعك، د. رضوان علواش، محمد بن علي قاسم، د. عبد المعطي البكور، مراجعة وإشراف: د. حسام الدين حمدان، سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٢م.

٥٩ ـ التَّعليقة عن أبي حامد الإسفراييني، تأليف: القاضي أبي علي البندنيجي (٤٢٥هـ)، تحقيق: د. عبد الله الطخيس وكريم اللمعي، سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٣م.

٦٠ ـ المختلَف بين أبي حنيفة والشافعي، تأليف: عبدالله بن الحسين الناصحي الحنفي (ت٤٤٧هـ)، تحقيق: د. حمود البحيران ود. بسام النصيري. سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٣م.

٦١. إحكام الأحكام في شرح أحاديث سيد الأنام، إملاء: ابن دقيق العيد (ت٧٠٢هـ)، تحقيق: حذيفة كعك، وعدنان العبيات، سنة النشر: ١٤٤٤هـ ـ ٢٠٢٣م.

الممسوحة ضوئيا بـ CamScanner
CamScanner